

<b>Estudios</b>	First dates, promesa de matrimonio y derecho internacional privado <i>First dates, promise of marriage and private international law</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	10
	L'omogenitorialità tra aspirazione e diritto – note a margine della Sentenza n. 230/2020 della Corte Costituzionale <i>Homogenitoriality between aspiration and law – remarks on Judgement n. 230/2020 of the Italian Constitutional Court</i> ILARIA AQUIRONI	77
	Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores <i>Remedies for the infringement of the international instruments regarding the international child abduction</i> RAFAEL ARENAS GARCÍA	94
	Agotamiento del derecho conferido por la marca de la UE <i>Exhaustion of the rights conferred by trade marks in the European Union</i> ALICIA ARROYO APARICIO	116
	El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores <i>Brussels II Ter Regulation and the promotion of ADR in matters of parental responsibility and international child abduction</i> CARLOS ESPLUGUES MOTA	132
	El apoyo de la red diplomática y consular a la nueva emigración española: papel de las actuales consejerías de trabajo, migraciones y seguridad social en el exterior <i>The support of the diplomatic and consular network to the new spanish emigration: role of the current ministries of labor, migration and social security abroad</i> GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA	174
	La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional <i>The illegality of border rejection and “hot” refoulement in front of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court</i> ANA FERNÁNDEZ PÉREZ	190

El reglamento general de protección de datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea <i>The General Data Protection Regulation as a model of recent European digital draft legislation</i> ANA GASCÓN MACÉN	209
El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los estados miembros <i>The scope of application of the european freedoms related with family law and the relations between public order of the European Union and that of the member states</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	233
Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: ¿sería posible un registro de la propiedad común europeo? <i>Comparative analysis of the german and spanish property registries: would a European common property register be possible?</i> ALENA VERONICA HORVATH / JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ	256
Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional <i>The changes and challenges posed by the taxation of the digital economy in the international context</i> PEDRO JESÚS JIMÉNEZ VARGAS	289
El veganismo ético como creencia y su posible repercusión en el ámbito jurídico laboral español <i>Ethical veganism as a belief and its possible repercussions in the spanish labour law</i> CARMEN JOVER RAMÍREZ	329
International jurisdiction in EU trademark infringements on the internet – is it possible to complicate things even further? <i>Competencia judicial internacional en materia de infracciones de marca europea cometidas en internet – ¿es posible complicar las cosas todavía más?</i> AURELIO LOPEZ-TARRUELLA	352
The concept of abuse in tax matters within European Union law <i>El concepto de abuso en el ámbito tributario en el derecho de la Unión Europea</i> DANIEL E. MÁRQUEZ LASSO	362
Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado <i>Compliance programmes in relation to antitrust. Study of the Spanish guide and other comparative law experiences</i> MARÍA FLORA MARTÍN MORAL	402
Diligencias de acceso a fuentes de prueba y responsabilidad frente a consumidores y usuarios. Una perspectiva comparada: EE. UU., Alemania y España <i>Discovery and liability towards consumers. A comparative perspective: USA, Germany and Spain</i> GUILLERMO A. MORALES SANCHO	423
Hacia una mayor autonomía privada en capitulaciones matrimoniales con marco transfronterizo <i>Towards an improvement in individual party autonomy in marriage settlements in a cross-boarder framework</i> ALBA PAÑOS PÉREZ	440
Algunas observaciones sobre el proyecto de convenio de Uncitral sobre la venta judicial de buques <i>Some observations on the Uncitral draft convention on judicial sale of ships</i> JUAN PABLO RODRÍGUEZ DELGADO	472
La restitución de menores retenidos ilícitamente en España y la excepción de grave riesgo a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2020 <i>The restitution of minors illicitly retained in Spain and the exception of serious risk in light of the judgment of the Provincial Hearing of Barcelona of October 6, 2020</i> MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ	498

La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio <i>The international public policy exception: a comparative study of the Spanish and German systems in divorce cases</i> ANNA PAULINE SCHWEINBACH / DAVID CARRIZO AGUADO	518
Un buen instrumento para la tutela del crédito que suscita no pocos problemas prácticos: el proceso europeo de escasa cuantía <i>A good instrument for the protection of credit that raises some practical problems: The European Small Claim Procedure</i> JULIO SIGÜENZA LÓPEZ	550
Reflexiones sobre el alcance territorial del derecho al olvido <i>Some reflections on the territorial scope of the right to erasure</i> ELISA TORRALBA	575
<hr/>	
<b>Varia</b>	
Traslado transfronterizo y fijación temporal del criterio de la residencia habitual del menor como foro de competencia judicial internacional: comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de julio de 2020 <i>Cross-border movement and temporary fixing of the criterion of habitual residence of the child as a forum of international judicial competence: commentary on the Order of the Provincial Court of Córdoba of July 16, 2020</i> LAURA ÁLVAREZ AGOÚES	595
La validez de las copias de un certificado sucesorio europeo: cuestiones prácticas para su circulación efectiva entre estados miembros. Análisis de la sentencia del TJUE de 1 de julio de 2021, c-301/2020, UE y HC C. Vorarlberger landes <i>The validity of copies of a european certificate of succession: practical issues for its effective circulation among member states. Analysis of the resolution of ECJ of 1 of July of 2021, c-301/2021, UE and HC V. Vorarlberger landes</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	604
Crónica de jurisprudencial laboral internacional 2020 <i>Chronicle of international labor jurisprudence 2020</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	612
Despido laboral, ley aplicable y caducidad de la acción. Reflexiones sobre la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2020 <i>Labor dismissal, applicable law and expiration of the action. Reflections on the ruling of the social court of the TSJ of Catalonia of September 9, 2020</i> UNAI BELINTXON MARTIN	631
El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, asunto c-603/20 PPU, SS y MCP <i>Article 10 council regulation 2201/2003: ECJ judgement of 24 March 2021, case c-603/20 PPU, SS v MCP</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	639
Bibliografía de derecho internacional privado (2019) <i>Private international law bibliography (2019)</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	649
Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos <i>Motivated teaching of private international law in the 21st century: ethos, pathos and logos</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	675
Caducidad del título extranjero y prescripción de la acción en materia de obligación de alimentos. Comentario al AAP de Lérida (sección 2) núm. 203/2020 de 13 octubre 2020 <i>Prescription of the the right to enforce a decision and expiry of the right of action in matters relating to maintenance obligations. Purpose to the judgement of the Court of Appeal of Lerida number 203/2020 of 13th October</i> LUIS F. CARRILLO POZO	693

<p>Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: a propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia  <i>Delimiting criteria of the habitual residence concept in the intracomunity marriage crisis: judicial order of november 12, 2020 of the tenth section of the Valencia Provincial Court</i>                      MARTA CASADO ABARQUERO</p>	704
<p>Lugar de cumplimiento de la prestación que sirve de base a la demanda en los contratos de compraventa internacional de mercaderías como criterio atributivo de competencia en el sistema Bruselas (AAP Barcelona 17 noviembre 2020)  <i>The place of performance of the obligation with regard to international sale of goods as an attributive criterion of jurisdiction in the Brussels system (AAP Barcelona 17 noviembre 2020)</i>                      CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ</p>	714
<p>Certificado de idoneidad y consentimiento de la entidad pública española. A propósito de la denegación de inscripción en el Registro Civil de una adopción constituida en Portugal [RDGRN (2º) de 3 de octubre de 2019]  <i>Certificate of suitability and consent from the Spanish public entity. Regarding the denial of registration in the Civil Registry of an adoption constituted in Portugal [RDGRN (2nd) of October 3, 2019]</i>                      ANTONIA DURÁN AYAGO</p>	724
<p>Inscripción del matrimonio canónico celebrado en España entre un español y una lituana residentes en el extranjero. Reflexiones sobre la resolución (16ª) de la DGRN de 14 de noviembre de 2019  <i>Registration of the canonical marriage celebrated in Spain between a Spanish national and a Lithuanian woman residing abroad. Reflections on the resolution (16th) of the Directorate General of Registries and Notaries of 14 november 2019</i>                      DIANA GLUHAIA</p>	731
<p>La notificación judicial a un estado extranjero  <i>Service abroad of judicial documents to a foreign state</i>                      MIGUEL GÓMEZ JENE</p>	739
<p>Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo  <i>European arbitration: a critical review of the judgment of the Constitutional Court 65/2021, of March 15</i>                      MIGUEL GÓMEZ JENE</p>	745
<p>La no autorización de matrimonio de conveniencia entre dos extranjeros. Comentario a la resolución Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (19ª) de 10 de septiembre de 2019  <i>Authorisation for marriage between two foreigners denied. Comments on resolution (19) 10th September 2019</i>                      MÓNICA GUZMÁN ZAPATER</p>	754
<p>El asunto central Santa Lucía contra Meliá hoteles. Reflexiones en torno al auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 mayo de 2021 (continuará)  <i>Central Santa Lucía against Meliá hoteles case. Reflections about the JPI order no. 24 Palma de Mallorca, May 3, 2021 (to be continued)</i>                      AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ</p>	761
<p>Tratamiento de la kafala en España y posterior constitución de una adopción. Ley Nacional del Menor que prohíbe la adopción: flexibilización de la cláusula limitativa (auto de la AP de Cádiz [sección 5ª] de 27 de noviembre de 2021)  <i>The kafala institution in Spain and the constitution of International Child Adoption. Article 19.4 Of the Spanish act 54/2007</i>                      MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS</p>	778
<p>Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020  <i>Foreigners and foral laws: comments on the Judgement Issued by the Audiencia Provincial de Baleares on 30 December 2020</i>                      FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL</p>	784

Fondos de inversión inmobiliaria y derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, <i>verein für konsumenteninformation</i> , c-272/18 <i>Real estate investment funds and european private international law: notes on the judgement of the court of 3 October 2019, verein für konsumenteninformation, c-272/18</i> EVA JIMÉNEZ PALMA	789
Los difusos contornos de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo (STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020) <i>The various contours of the immunity of jurisdiction in the field of the individual employment contract (the decision of the Higher Court of Madrid of July 13, 2020)</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	806
La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental <i>The complex task of determining the habitual residence of the child in parental responsibility cases</i> NEREA MAGALLON ELÓSEGUI	819
El desconocimiento del sistema de fuentes en derecho internacional privado respecto la competencia judicial internacional a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre de 2020 <i>The lack of knowledge of the system of sources in private international law respecting international jurisdiction in relation to the judgment of the Valencia Provincial Court of 10 October 2020</i> PABLO MELGAREJO CORDÓN	829
El orden público procesal y el derecho de defensa en el exequátur del laudo arbitral <i>Public procedural policy and the right of defence in the exequatur of the arbitral award</i> CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES	836
Competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda relativa a la potestad parental sobre un menor residente en un estado no miembro de la UE (SAP Barcelona 2 de noviembre de 2020) <i>Jurisdiction of Spanish courts over parental measures concerning a non-UE resident minor</i> XABIER OBERGOZO MIGUEL	848
La firmeza, presupuesto del reconocimiento de una resolución extranjera: al hilo del auto nº 258/2020 de la Audiencia Provincial de Alicante <i>Firmness, a prerequisite for the recognition of a foreign resolution: in the line of order no. 258/2020 of the Provincial Court of Alicante</i> IDOIA OTAEGUI AIZPURUA	855
El grupo de empresas y la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo <i>Group of companies and international jurisdiction over individual contracts of employment</i> JAVIER PÉREZ FONT	863
Libertad de establecimiento de un abogado con la condición de monje, en un estado miembro distinto de aquel en el que ha obtenido el título profesional. Comentario de la STJUE de 7 mayo 2019, c-431/17 <i>Freedom of establishment of a monk who has obtained the professional qualification of a lawyer in a member state. Commentary to the judgment of the CJEU of 7 of May 2019, c-431/17</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	870
Validity of choice of court agreements, abusive terms in air carriage contracts, assignments and compensation, is there room for anyone else? (Comments on CJEU Judgment Delayfix, c-519/19) <i>Validez de cláusulas de elección de foro, cláusulas abusivas en contratos de transporte de pasajeros aéreos y cesión de créditos: ¿dónde caben dos, caben tres? (Comentarios a la STJUE Delayfix, c-519/19)</i> DR. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	882

<p>Alcance de cláusulas de sumisión mixtas para los efectos de actos de competencia desleal en redes y contratos de distribución exclusiva: comentario del auto de la audiencia provincial de Zaragoza nº 728/2020, sección 5ª  <i>“Sé lo que hicisteis el último acuerdo” scope of hybrid choice of courts agreements and cross border unfair competition acts within exclusive distribution agreements and networks: comments on the Zaragoza provincial court ruling (division 5th) nº 728/2020 “I know you did last agreement”</i>                      ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN</p>	<p>896</p>
<p>La aplicación del RBII bis en materia de responsabilidad parental por los tribunales españoles: comentario crítico al AAP Barcelona de 23 de julio de 2020  <i>The application of the RBII bis in the area of parental responsibility by the spanish courts: critical commentary on the AAP Barcelona of 23 july 2020</i>                      MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO</p>	<p>913</p>
<p>Recuperación de la nacionalidad española RDGRN [11ª] 30 septiembre 2019 [nacido en Argentina]  <i>Recovery of the spanish nationality RDGRN [11ª] 30 September 2019 [born in Argentina]</i>                      MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA</p>	<p>925</p>
<hr/>	
<p><b>Congresos</b></p>	
<p>Sustainable development goals, rule of law and public policy: implications for the traditional family model  <i>Objetivos de desarrollo sostenible, estado de derecho y orden público: implicaciones para el modelo de familia tradicional</i>                      ARMANDO ALVARES GARCIA JÚNIOR</p>	<p>934</p>
<p>What law should apply then? The implications of the successful invocation of the public policy defence in EU private international law in family matters  <i>¿Y que ley se aplica después? Las implicaciones de la exitosa invocación del límite del orden público en el derecho internacional privado de la UE en materia de familia</i>                      ILARIA AQUIRONI</p>	<p>956</p>
<p>Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo  <i>Surrogacy: international public policy vs. European public policy</i>                      MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ</p>	<p>971</p>
<p>Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional en los reglamentos europeos de derecho de familia y sucesiones  <i>Autonomy of the will, public policy and international public order in European Family and succession law regulations</i>                      ANTONIA DURÁN AYAGO</p>	<p>1003</p>
<p>Public policy: united in diversity... within the marriage?  <i>L'ordine pubblico: uniti nella diversità... nel matrimonio?</i>                      SILVIA MARINO</p>	<p>1022</p>
<p>Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano  <i>Ineffectiveness of the filiation relationship between the intentional parent and the child born by surrogacy due to violation of public order in the italian legal system</i>                      ELISABETTA MAZZILLI</p>	<p>1032</p>
<p>Las diferencias materiales y su impacto en divorcios transfronterizos. Tensiones entre el orden público internacional estatal y el orden público europeo  <i>Material differences and their impact on cross-border divorces. Tensions between state international public policy and european public policy</i>                      GISELA MORENO CORDERO</p>	<p>1047</p>
<p>La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de derecho de familia  <i>Equity as a value of european public policy and its application in cross-border matters of family law</i>                      MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO / ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ</p>	<p>1070</p>

	La creación de un nuevo orden público europeo en materia de privacidad como presupuesto para su garantía integral <i>The development of a new european public policy on privacy as a precondition for its comprehensive guarantee</i> MARINA SANCHO LÓPEZ	1086
<hr/>		
<b>Recensiones</b>	ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ. <i>Derecho comparado y digitalización</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1104
	JÜRGEN BASEDOW. <i>EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Javier Carrascosa González	1107
	PILAR DOMÍNGUEZ LOZANO (dir.). <i>Derecho Internacional privado europeo. Diálogos con la práctica</i> Luis F. Carrillo Pozo	1111
	JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO. <i>Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104</i> María Asunción Cebrián Salvat	1116
	FRANCISCO RUIZ RISUEÑO y JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. <i>El laudo arbitral</i> Rodolfo Dávalos Fernández	1118
	BURKHARD HESS. <i>Europäisches Zivilprozessrecht</i> Fernando Gascón Inchausti	1122
	MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO. <i>Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales</i> Mónica Guzmán Zapater	1125
	SALOMÉ ADROHER BIOSCA. <i>La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español</i> Ángeles Lara Aguado	1127
	JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ. <i>Jurisdiction and arbitration agreements in contracts for the carriage of goods by sea. Limitations on party autonomy</i> Carlos Llorente Gómez de Segura	1131
	PILAR JIMÉNEZ BLANCO. <i>Regímenes económico matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) N° 2016/1103</i> Juliana Rodríguez Rodrigo	1136
	ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / IGNACIO TIRADO MARTÍ (Eds.). <i>Unidroit y la codificación internacional del Derecho privado</i> Juliana Rodríguez Rodrigo	1139

## ***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 LEIBLÉ  
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO  
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS  
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI  
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSSEL  
(Univ. Köln)

SILVIA MARINO  
(Univ. degli Studi dell'Insubria)

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

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

RUI MANUEL MOURA RAMOS  
(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE  
(Univ. Lisboa)

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

JORGE OVIEDO ALBÁN  
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

GIAN PAOLO ROMANO  
(Univ. 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)

PILAR JIMÉNEZ BLANCO  
(Univ. Oviedo)

### **Comité de Evaluación**

SERGIO CÁMARA LAPUENTE  
(Univ. La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL  
(Univ. Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU

(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA  
(Univ. 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

# FIRST DATES, PROMESA DE MATRIMONIO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## FIRST DATES, PROMISE OF MARRIAGE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido:02.03.2021 /Aceptado:23.04.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6248>

**Resumen:** Este trabajo expone la actual regulación jurídica de la promesa de matrimonio en Derecho internacional privado. Tras un análisis de las muy abundantes y profundas polémicas sobre la naturaleza jurídica de esta curiosa institución, el presente trabajo desvela que la ruptura de la promesa de matrimonio genera obligaciones extracontractuales. De ese modo, se explica la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis para concretar los tribunales competentes y la aplicación del Reglamento Roma II para precisar la Ley aplicable al fondo de la cuestión. En dicho análisis emerge como solución óptima para la mayor parte de los casos la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de la víctima, que es la ley del país donde se ha verificado el daño mayor.

**Palabras clave:** promesa de matrimonio, teoría de la ubicuidad, lugar del daño, residencia habitual común, obligaciones extracontractuales.

**Abstract:** This essay deals with the legal regulation of the promise of marriage today in cases involving foreign elements. After an analysis of the very deep controversies about the legal essence of this curious institution, the present work reveals that the breaking of the promise to marry generates extra-contractual obligations. Accordingly, the Brussels I-bis regulation is to be applied in order to specify the courts hearing the case. In addition to that, the Rome II regulation must be applied to specify the Law applicable to the substance of the matter. In this perspective, not only should the bulk of the damage be localized in the country where the victim has his/her habitual residence but also, in accordance with that, the application of the law of the country of habitual residence of the victim emerge as the optimal and more efficient solution for most cases.

**Keywords:** promise of marriage, theory of ubiquity, place of damage, common habitual residence, non-contractual obligations.

**Sumario:** I. Promesa de matrimonio y esponsales en Derecho internacional privado. Aspectos previos. II. Calificación jurídica de la promesa de matrimonio. 1. Bienvenidos a la batalla de calificaciones. 2. Calificación de la promesa de matrimonio y de los esponsales en Derecho internacional privado europeo. A) Primacía de Derecho internacional privado europeo y calificación de la promesa de matrimonio. B) El método unilateral europeo de calificación “reglamento por reglamento”. 3. La concreta calificación de la promesa de matrimonio en Derecho internacional privado europeo. A) Posibles calificaciones jurídicas de la cuestión. B) Calificación contractual. C) Calificación como cuestión de régimen económico. D) Calificación de tipo familiar, matrimonial y personal. a) La calificación matrimonial. (a) Aplicación de la Ley personal / Ley nacional común

de los prometidos. (b) Ley aplicable en defecto de nacionalidad común de los prometidos. b) Calificación como cuestión familiar autónoma. c) Calificación como cuestión relativa a la persona individual. d) Perspectiva europea: rechazo de la calificación familiar. E) Calificación propia: *the proper law*. F) Calificación extracontractual. III. Competencia judicial internacional. 1. Reglamento Bruselas I-bis y responsabilidad extracontractual. 2. Foros de competencia internacional y ruptura de la promesa de matrimonio. A) Foros generales: sumisión y domicilio del demandado. B) Foro del lugar donde ha ocurrido el hecho dañoso. a) Teoría de la ubicuidad. b) Precisión del lugar donde ha ocurrido el hecho causal. c) Precisión del lugar donde se ha verificado el daño. IV. Ley aplicable a la ruptura de la promesa de matrimonio. Reglamento Roma II. 1. Responsabilidad extracontractual y aplicación del Reglamento Roma II. 2. Primer punto de conexión. Ley elegida por las partes y promesa de matrimonio. 3. Segundo punto de conexión. Ley de la residencia habitual común de las partes y promesa de matrimonio. 3. Tercer punto de conexión. Ley del país donde se ha producido el daño y promesa de matrimonio. A) Aspectos previos. Justificación del punto de conexión “lugar del daño”. B) Daños morales y emocionales y promesa de matrimonio. Conexión residencia habitual de la víctima. C) Daños económicos y promesa de matrimonio. a) Aspectos generales. El lugar del daño económico. b) Daños económicos producidos en el mismo país. (a) Daños económicos producidos íntegramente en el país de la residencia habitual de la víctima. (b) Daños económicos producidos realizados íntegramente en un país distinto al de la residencia habitual de la víctima. c) Daños económicos producidos en varios países. (a) Daños en varios países incluido el país de residencia habitual de la víctima. (b) Daños en varios países excluido el país de residencia habitual de la víctima. D) Daños morales, emocionales y económicos. F) Daños recíprocos. V. Ámbito de la Ley aplicable a la ruptura de la promesa de matrimonio. 1. Cuestiones reguladas por la Ley que rige la reclamación por ruptura de la promesa de matrimonio. 2. Ley aplicable a la capacidad para formular una promesa de matrimonio. 3. Ley aplicable a la forma de la promesa de matrimonio. 4. Aplicación de la Ley reguladora de la reclamación por ruptura de la promesa de matrimonio. A) *Lex Causae* y segunda calificación. B) Prohibición del reenvío tradicional y del reenvío de calificaciones. C) Orden público internacional y reclamaciones tras la ruptura de la promesa del matrimonio. a) Negación de la *actio matrimonialis*. Admisión e inadmisión de la demanda. b) Restricciones a nuevos matrimonios. c) Indemnizaciones especiales. d) Leyes extranjeras que permiten reclamar daños morales y emocionales. e) Leyes extranjeras que impiden reclamar daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio. f) Leyes extranjeras que imponen indemnizaciones elevadas y daños punitivos. g) Leyes extranjeras que permiten la ruptura de la promesa de matrimonio. 6. Rechazo de la consideración de los arts. 42 y 43 CC como leyes de policía. 7. Ruptura de la promesa de matrimonio y obligación natural. 8. Donaciones por razón de matrimonio y ruptura de la promesa de matrimonio. VI. Reflexiones finales.

## I. Promesa de matrimonio y esponsales en Derecho internacional privado. Aspectos previos

1. La promesa de matrimonio puede definirse como la declaración de la voluntad unilateral de contraer matrimonio con persona determinada<sup>1</sup>. Por otro lado, los esponsales constituyen un pacto, acuerdo o contrato por el que se acuerda la celebración de un matrimonio entre los protagonistas del mismo. Los esponsales constituyen, por tanto, un intercambio de promesas unilaterales de matrimonio entre los prometidos.

2. Ambas instituciones, esponsales y promesa de matrimonio (*engagement to marry, contract to marry, promise of marriage, fiançailles, promessa di matrimonio, sponsali*), fueron habituales en Europa en otros tiempos. Así, los acuerdos entre miembros de las familias reales europeas para la cele-

<sup>1</sup> 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)), dirigido por Javier Carrascosa.

bración de matrimonios entre sus mismos eran un paso necesario y habitual antes del enlace matrimonial entre personas de la realeza y de la nobleza. Sin embargo, se ha dicho y se ha escrito que estas instituciones jurídicas son, hoy día, poco frecuentes en los países europeos y que, por ello son anacrónicas y poco interesantes para juristas, sociólogos y economistas. Son signos y reliquias, se dice, de otros tiempos pasados y olvidados que nunca volverán. También se ha dicho y se ha escrito que los casos de ruptura de promesa de matrimonio son muy escasos en la práctica judicial, como destacan R.H. GRAVESON y P.R.H. WEBB / D.J. LATHAM BROWN<sup>2</sup>. También es cierto que, frente a ello, se ha subrayado que la doctrina de los autores sobre la promesa de matrimonio y los esponsales en Derecho internacional privado es más abundante de lo que en principio pueda suponerse y más numerosa de lo que merece esta extraña institución jurídica que hoy parece superada. Ello se explica por la tendencia de los especialistas en Derecho internacional privado a estudiar las instituciones jurídicas que resultan más complicadas desde el punto de vista de la dogmática jurídica. La complejidad es un desafío para el jurista intelectual, de modo que es, precisamente, la presencia de esas “dificultades doctrinales”, en palabras de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, lo que estimula el análisis de esta peculiar y controvertida institución<sup>3</sup>.

3. La promesa de matrimonio y los esponsales son contemplados con reticencia por el Derecho ya desde hace tiempo, como observó M. DE LASALA LLANAS<sup>4</sup>. Ello se debe a varias causas. En primer lugar, estas instituciones han sido empleadas como instrumentos de coacciones morales y económicas entre los contrayentes y/o sus familias. En particular, esponsales y promesas de matrimonio han sido con frecuencia utilizadas como mecanismos para recortar, coartar y condicionar, de una u otra manera, la libertad de contraer matrimonio en régimen de plena igualdad jurídica. En segundo término, estas figuras mezclan de modo impropio, se dice, cuestiones jurídicas y emocionales y no parece conveniente que el Derecho regule sentimientos ni pensamientos, sino actos y acciones.

4. No obstante, la promesa de matrimonio conoce hoy día, ya en pleno siglo XXI, un interés creciente. Ello se debe a por tres factores, muy bien destacados por F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> P.R.H. WEBB / D.J. LATHAM BROWN, “Engagements to Marry and the Conflict of Laws”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, n. 4, 1966, pp. 947-995, con cita de R.H. GRAVESON en su comentario a la sentencia *Kremezi vs. Ridgway*, 1949, así como E. SPIRO, “Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266. También A. SARAVALLE, “Articolo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218*, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “*Sorprende la previsione di una norma sulla promessa di matrimonio nella legge di riforma visto che l’istituto è oggi sicuramente desueto. Già sono rare le controversie di diritto interno in materia, ancor di più lo sono, poi, quelle nelle quali possa sorgere un problema di conflitto di leggi (ad oggi, si riscontra in giurisprudenza un solo precedente, per di più ormai datato)*”.

<sup>3</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 258-262: “*En la perspectiva del Derecho internacional privado, se ha dicho no sin ironía que jamás un tema de tan escaso interés práctico ha provocado tantas dificultades doctrinales*”.

<sup>4</sup> M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 110-111: “*La institución de las promesas de futuro matrimonio, además de carecer propiamente de contenido jurídico, cuando se hacían clandestinamente o en forma privada, eran ocasión propicia para censurables abusos y combinaciones familiares. El código civil, aceptando este criterio prohibitivo, establece una regla de orden público internacional, que, por consiguiente, no sólo es obligatoria para los españoles, “aunque residan en el extranjero (ley personal art. 9 u orden publico interno), sino también para los extranjeros en España, como ley “prohibitiva” de orden moral o costumbres” (párrafo tercero del art. 11)*”. El autor se refiere a la versión originaria del Código Civil español tal y como fue publicado en 1889.

<sup>5</sup> F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 2: Statuto personale e diritti reali*, 4ª ed., Utet, Torino, 2016, pp. 85-86: “*Il fatto che il Capo della legge n. 218 dedicato ai rapporti di famiglia si apra con un articolo concernente la promessa di matrimonio può apparire anacronistico. Ma quella scelta di politica legislativa -che dal 2004 vanta un corrispondente nell’art. 45 del codice belga di d.i.pr.- trova conferma della propria utilità da un lato nella prassi dei c.d. accordi prematrimoniali, che sta avendo crescente diffusione tra personaggi noti e meno noti, e d’altro lato nella frequenza con la quale il nostro ordinamento giuridico viene trovarsi interessato (o semplicemente toccato) da relazioni tra soggetti appartenenti a realtà socio-culturali diverse dalla nostra. Infatti, per alcune di quelle realtà, da promesse matrimoniali -talvolta addirittura nemmeno formulate diretti interessati- possono derivare conseguenze significative anche d’ordine legale*”. También B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Manuale breve Diritto internazionale privato: tutto il programma d’esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 136: “*L’art. 26 legge 218/1995 detta la disciplina di conflitto per la promessa di*

En primer lugar, la promesa de matrimonio es habitual en otros países con culturas no europeas, como los que disponen de un ordenamiento jurídico de raíz islámica o hinduista. Cuando sujetos procedentes de tales países llegan a Europa, la cuestión se suscita en toda su realidad. Así lo demuestra el estudio de D. FUDICKAR sobre las reclamaciones en Alemania de los padres de novias de nacionalidad turca cuando se rompe un compromiso de matrimonio, y también el trabajo, pionero, de F. GAMILLSCHEG, que vincula el creciente atractivo de esta institución para el Derecho internacional privado al notable aumento del número de matrimonios entre europeos y no europeos<sup>6</sup>.

En segundo lugar, el progresivo auge de los contratos prematrimoniales, *prenups* y similares celebrados entre personas famosas y no famosas, contratos en los que suele incluirse una promesa de matrimonio, también plantean la cuestión de la responsabilidad civil por ruptura de la misma, como indica N. BOSCHIERO<sup>7</sup>.

En tercer lugar, el notorio auge de las *webs* de contactos, citas y matrimonios, visibles en todo el mundo, ha vuelto a traer al primer plano del análisis jurídico, en los países occidentales, los aspectos legales de la promesa de matrimonio y los esponsales en Derecho internacional privado<sup>8</sup>. En efecto, son

---

*matrimonio. Si tratta di una disposizione anacronistica dal punto di vista italiano, considerato che la coscienza sociale non attribuisce più significato impegnativo ai comportamenti pre-matrimoniali; tuttavia, non è così per molti ordinamenti stranieri*".

<sup>6</sup> D. FUDICKAR, "Ansprüche des Brautvaters bei Auflösung des Verlöbnisses türkischer Verlobter", *IPRax*, 1985, pp. 253-262; F. GAMILLSCHEG, "Das Verlöbnis im deutschen internationalen privatrecht", *RabelsZ*, 1968, pp. 473-487.

<sup>7</sup> N. BOSCHIERO, "Sulla disciplina internazionale della promessa di matrimonio e delle donazioni", en GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale, Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, pp. 277-287.

<sup>8</sup> La doctrina sobre la promesa de matrimonio y los esponsales en Derecho internacional privado es más abundante de lo que en principio pueda suponerse. Los estudios sobre este tema comenzaron a ver la luz en la primera mitad del siglo XIX, lo que se explica por el hecho de que la promesa de matrimonio y los esponsales, instituciones hoy poco utilizadas, contaban antaño con una difusión notable en todo el mundo y especialmente en occidente. Los primeros trabajos académicos sobre estas cuestiones y la jurisprudencia más antigua de diversos países y sistemas de Derecho internacional privado de todo el mundo pueden encontrarse muy bien analizados y sistematizados en la formidable y muy brillante obra de E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The University of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221. En la doctrina francesa sigue siendo hoy día un trabajo absolutamente fundamental la muy profunda aportación, llena de matices, de A. WEILL, "Fiançailles", *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Francescakis)*, vol. II, 1969, pp. 22-24, así como la de H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, pp. 35-36, que se detiene con atención puntillosa en los problemas de primera y segunda calificación de estas instituciones. Los manuales franceses de Derecho internacional privado, antiguos y actuales, tratan este tema con una intensidad muy sugestiva. Entre ellos pueden citarse J. DERRUPÉ / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, Dalloz, 16ª ed., 2008, pp. 138-139; P. COURBÉ, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, Paris, 2007, p. 225; F. MÉLIN, *Droit international privé: droit des conflits de juridictions, droit des conflits de lois, droit de la nationalité, condition des étrangers en France*, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2018, p. 156; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome II Partie spéciale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, p. 114; D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, pp. 276-277; B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2006, p. 514. La doctrina italiana sobre este tema es notable en cantidad y sobresaliente en calidad. Antes de la *legge* 218/1995 pueden verse los estudios de G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1950; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en "Trattato di diritto civile e commerciale", Giuffrè, Milano, 1974, pp. 173-174; E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1956, pp. 420-421; S. GEMMA, *Appunti di diritto internazionale, diritto pubblico*, Bologna, N. Zanichelli, 1923, p. 123; D. ANZILLOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, Athenaeum, 1918, p. 219; G. BOSCO, *Corso di diritto internazionale privato*, Castellani, 1939, p. 222; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 1962, p. 96; M. MIELE, *Scritti di diritto matrimoniale*, Cedam, 1964, p. 25; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, pp. 153-157; P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-495; M. MIELE, "Sulla legge applicabile alla rottura degli sponsali", *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, 1942, pp. 77-89; G. MORELLI, "Legge regolatrice del contratto di matrimonio e volontà delle parti", *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, 1942, pp. 219-129; R. DE NOVA, "Gli sponsali in diritto internazionale privato", *Il Foro Italiano*, 1955, vol. 78, N. 2, pp. 25-38; R. DE NOVA, "voce Matrimonio (promessa di), diritto internazionale privato", *Novissimo Digesto italiano*, X, Utet, 1964, pp. 426-429; M. UDINA, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, A.R.E., Anonima romana editoriale, 1933, pp. 176; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171; E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, p. 216. Con posterioridad a la *legge* 218/1995, cuyo art. 26 regula la cuestión por primera vez en el Derecho internacional privado italiano, destacan B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Manuale breve Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 136; F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 2: Statuto personale e diritti reali*, 4ª ed., Utet, Torino, 2016, pp. 85-86; G. OBERTO, "La promesa de matrimonio", en VV.AA. *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da I. ZATTI, Famiglia e matrimonio, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 325-330; G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Cedam, Padova, 1996; A. SARAVALLE, "Articolo 26", en Riforma del sistema italiano di diritto

frecuentes los casos en los que los sujetos implicados en una promesa de matrimonio residen habitualmente en países diferentes y pertenecen a culturas distintas en las que dicha promesa posee un valor social y jurídico también muy distinto. El amor es el motivo de la mayor parte de esas promesas, pero pasado el dulce momento de la efervescencia romántica, algunas personas incumplen tales promesas de matrimonio, se olvidan de las mismas o, simplemente, nunca más dan señales de vida. En otras ocasiones, el amor no ha estado nunca presente. Una persona ha engañado a otra. Le ha hecho creer que había amor verdadero e intención auténtica de formar una familia basada en el matrimonio, cuando, en realidad, ha habido sólo un artificio, un ardid, una pura y vil añagaza. El engaño, instrumentado en la ruptura de la promesa de matrimonio, ha servido para que alguien pueda viajar desde un país a otro, y/o para obtener regalos, dinero y otras ventajas económicas. Regalos que no se devuelven y dinero que se evapora. Ejemplos no faltan. Así, la STS 3 diciembre 2020 abordó el siguiente caso<sup>9</sup>. Una mujer española con residencia habitual en Madrid se enamoró de un joven armenio. Le regaló un coche, cantidades elevadas de dinero y diversas joyas de valor. Las hijas de la señora solicitaron al juez que su madre fuera sometida a tutela y/o el nombramiento de un curador al estimar que no disponía del juicio ni de la capacidad precisa para realizar tales disposiciones patrimoniales. El joven armenio regresó a su país. La pregunta surge espontánea: si hubiera mediado una promesa de matrimonio del joven armenio a la señora española, y aquél la hubiera roto ¿puede la señora española reclamar las cantidades gastadas por la mujer en bienes y servicios en consideración de un futuro matrimonio que ya no va a celebrarse? Desde Armenia con amor, pero la señora española ha gastado importantes cantidades de dinero que ahora carecen de sentido.

5. Todo lo anterior adquiere una tonalidad especial en un contexto transfronterizo, pues éste hace que las cuestiones jurídicas surjan espontáneamente como las setas en primavera y se vuelvan complejas como la mente de un adolescente. Piénsese, por ejemplo, en una promesa de matrimonio formulada vía *WhatsApp*, por varón marroquí y dirigida a ciudadana española: el varón reside en Marruecos y ella reside en Argelia, pero tienen pensado fijar su primer domicilio conyugal en España inmediatamente después de la celebración del enlace. En ese escenario, la mujer adquiere una vivienda en España así como

---

to internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046 y los muy sobresalientes trabajos de N. BOSCHIERO, “Sulla disciplina internazionaleprivatistica della promessa di matrimonio e delle donazioni”, en GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale, Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, pp. 277-287; N. BOSCHIERO, “Art. 26”, en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, en Nuove leggi civili commentate, 1996, pp. 1149-1156. La doctrina anglosajona sobre el tema puede analizarse en la citada aportación, admirable, de E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The University of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, así como en E. SPIRO, “Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266 y P.R.H. WEBB / D.J. LATHAM BROWN, “Engagements to Marry and the Conflict of Laws”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, n. 4, 1966, pp. 947-995. La doctrina alemana más temprana puede encontrarse en A. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, pp. 98-100; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Berlin, 1932 (reprint 2016), De Gruyter (Verlag), n. 255; D. FUDICKAR, “Ansprüche des Brautvaters bei Auflösung des Verlöbnisses türkischer Verlobter”, *IPRax*, 1985, pp. 253-262; F. GAMILLSCHG, “Das Verlöbnis im deutschen internationalen privatrecht”, *RabelsZ*, 1968, pp. 473-487; M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, Ed. Labor. Barcelona 1936, traducción de José Rovira y Ermengol, pp. 286-287; R. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5th ed., Berlin - Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 1961, pp. 266-274. En la doctrina suiza puede verse A.F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts: einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, T.I, 3ª ed., Verlag für Recht und Gesellschaft, 1957, pp. 308-311. Las aportaciones de la doctrina española sobre este tema son, generalmente, antiguas. Destaca el muy lúcido análisis de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed. 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 258-262, así como las reflexiones contenidas en manuales de Derecho internacional privado como los de W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Formación del matrimonio y estados del vínculo en el Derecho civil internacional español”, en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv. publ. Facultad Derecho, Univ. Complutense. Madrid, 1982, pp. 121-129; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 5-56; J.R. DE ORÚE Y ARREGUI, *Manual de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1952, p. 642, así como en J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de DIPr.*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 111-114.

<sup>9</sup> [ECLI: ES:TS:2020:4050].

numerosos elementos para amueblar el hogar que compra por Internet en negocios españoles e italianos y regala al varón un automóvil de lujo que ha comprado en Francia. Una semana antes del matrimonio, la mujer, que se halla en Francia, recibe un e-mail de su prometido, que se encuentra en Marruecos en ese momento y en el que le indica que no va a contraer matrimonio. Como se observa, en este caso, la promesa de matrimonio se formula en Marruecos y se recibe a Argelia; se rompe también en Marruecos y dicha ruptura se recibe en Francia; la mujer reside en Argelia y ostenta nacionalidad española y ha realizado gastos en España, Francia e Italia en consideración del futuro matrimonio; el lugar del futuro primer domicilio conyugal se fijó en España. Ante esta intensa dispersión de elementos en el espacio, la duda surge: ¿qué tribunales pueden conocer de las reclamaciones por daños que la mujer puede dirigir contra el varón? Y, naturalmente, ¿qué Ley debe regir dichas reclamaciones, la Ley española, la argelina, la marroquí, la francesa o la italiana, o todas a la vez? Bienvenidos todos al fascinante mundo del Derecho internacional privado.

6. Tras el fracaso de la promesa de matrimonio, una persona queda frustrada desde el punto de vista emocional y también desde el punto de vista económico, pues muchas veces dicha persona ha realizado compras, obsequios e inversiones con vistas a un enlace matrimonial que ya nunca tendrá lugar. En el horizonte aparece, servido en bandeja de plata, un litigio internacional. En los casos transfronterizos, en efecto, el incumplimiento de estas promesas hace surgir las dos cuestiones típicas del Derecho internacional privado: (i) la determinación de los tribunales competentes para conocer de las reclamaciones que plantea la víctima de la ruptura de la promesa de matrimonio y (ii) la precisión de la ley aplicable al fondo de tales reclamaciones.

7. Por otro lado, la regulación jurídica los distintos Estados sobre la promesa de matrimonio es variada, por lo que surgen auténticos conflictos de leyes en este sector, Cuatro grandes posiciones pueden distinguirse, como ilustra J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>10</sup>.

En primer lugar, ciertos ordenamientos jurídicos, como el Derecho argentino y el holandés, niegan toda acción de reparación por los daños patrimoniales y morales que puedan haberse generado tras la ruptura de una promesa de matrimonio. Tratan, con ello, estos ordenamientos, de salvaguardar la libertad nupcial de los contrayentes, escribe W. GOLDSCHMIDT<sup>11</sup>. También el Derecho de Nueva York niega toda reclamación por daños morales o económicos tras la ruptura de un “*contract to marry*”. Así, en el caso *Guggenheim v. Rosenbaum*, fallado por un tribunal de Sudáfrica, explica E. SPIRO, quedó claro que el Derecho de Nueva York no permitía reclamar daños en un supuesto en el que un sujeto había prometido, en Nueva York, que contraería matrimonio en Sudáfrica con una mujer y que en dicho país instalarían el domicilio conyugal<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> En general, los distintos tipos de enfoques que siguen los Derechos materiales de los diferentes Estados aparecen muy bien explicados en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 258-262: “Ciertas legislaciones, como la de la República Argentina, excluyen cualquier reparación, precisamente como medio de eliminar toda presión legal sobre la libertad de los contrayentes; por él contrario, en los sistemas jurídicos anglosajones se admite ampliamente el deber por ruptura de la promesa matrimonial, que alcanza incluso a los posibles «daños morales» de la víctima. En una posición intermedia se sitúan muchos otros sistemas (como el español) que sancionan la ruptura del pacto de esponsales por los daños «efectivamente sufridos»”. También con descripción de las varias tendencias en Derecho material comparado resulta útil la exposición de W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229. Un panorama bastante completo de la regulación material de la promesa de matrimonio y las acciones a las que da lugar, -si bien ya desfasado por el paso del tiempo en algunos casos, como se puede apreciar en la información relativa a Alemania y en particular en lo relativo al muy llamativo art. 1300 BGB (acción de reclamación pecuniaria por desfloración de la mujer)-, puede verse en: [https://www.lawreform.ie/\\_fileupload/consultation%20papers/wpBreachof-Promise.htm#:~:text=A%20THE%20PRESENT%20LAW,to%20marry%20has%20been%20made.&text=A%20promise%20by%20one%20person,the%20conduct%20of%20the%20parties](https://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpBreachof-Promise.htm#:~:text=A%20THE%20PRESENT%20LAW,to%20marry%20has%20been%20made.&text=A%20promise%20by%20one%20person,the%20conduct%20of%20the%20parties).

<sup>11</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: “El derecho a pedir indemnización por injustificada resolución de los esponsales de futuro pertenece al orden público alemán, su denegación al orden público holandés”.

<sup>12</sup> E. SPIRO, “Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266.

En segundo término, otros sistemas legales, más liberales, admiten acciones de resarcimiento por los daños que causa la ruptura de la promesa matrimonial, incluido los posibles daños morales que sufre la víctima. Es el caso, notorio, del Derecho inglés.

En tercer lugar, en un lugar intermedio, ciertos Derechos estatales, como el español y el francés, admiten solamente acciones para recuperar los gastos realizados por la víctima de la ruptura de la promesa de matrimonio en consideración del matrimonio y otros daños puramente patrimoniales.

En cuarto lugar, algunos Derechos estatales admitían, en el pasado, la *actio matrimonialis*, esto es, una acción que podía ejercitar la víctima de la ruptura para obligar a la otra parte a contraer matrimonio. Así, como recuerdan H. CORNEJO CHÁVEZ y W. GOLDSCHMIDT, una ley noruega de 31 mayo 1918 recogía el derecho de la novia embarazada a solicitar la celebración del matrimonio, esto es, la *actio matrimonialis*<sup>13</sup>. De modo similar, el Derecho de Estonia también admitía que la obligación de contraer matrimonio derivada de una promesa de matrimonio podía ser sustituida por pena pecuniaria<sup>14</sup>. Estos ordenamientos han eliminado progresivamente la *actio matrimonialis* y hoy día no consta la existencia de Estados con una regulación jurídica que permita a una parte obligar a la otra a contraer matrimonio en ejecución de una promesa de matrimonio.

8. Sin embargo, el primer paso, siempre previo, a las dos clásicas cuestiones de Derecho internacional privado, -competencia judicial internacional y Derecho aplicable-, consiste en vencer una batalla, muy bien descrita por el clásico y deslumbrante texto de E. RABEL: la batalla de las calificaciones, una batalla en la que sólo un dominio sólido, acabado, cuidadoso y creativo de la mejor dogmática jurídica permitirá alcanzar la victoria al buen jurista<sup>15</sup>.

## II. Calificación jurídica de la promesa de matrimonio

### 1. Bienvenidos a la batalla de calificaciones

9. El Derecho internacional privado europeo y el Derecho internacional privado español carecen de una norma que señale expresamente cuáles son los tribunales competentes y cuál es la Ley aplicable a la promesa de matrimonio y a sus consecuencias jurídicas.

10. No son muchos los sistemas nacionales de Derecho internacional privado que se ocupan de señalar la Ley aplicable a la promesa de matrimonio. Destacan el Derecho internacional privado belga (art. 45 de la Ley belga que contiene el Código de Derecho internacional privado de 16 julio 2004), el italiano (art. 26 *legge* 218/1995) y el turco (art. 12 de la Ley sobre el Derecho internacional privado y procesal n. 5718 de 27 noviembre 2007). Estos tres sistemas cuentan con una norma que fija la Ley

<sup>13</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: “El derecho de la novia embarazada a pedir el matrimonio, que, p. ej., concede la Ley noruega de 1918, infringe el orden público español (art. 11, párr. 3º, y art. 43)”. H. CORNEJO CHÁVEZ, “Los esponsales”, *Revista Derecho PUCP*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1949, n.9, pp. 11-25.

<sup>14</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, “Los esponsales”, *Revista Derecho PUCP*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1949, n.9, pp. 11-25.

<sup>15</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The University of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 215: “Insofar as they have been dealt with at all, their treatment has suffered from divergency of classification in the various municipal laws”. También J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 258-262: “Para un sector doctrinal, se considera que el problema del incumplimiento posee autonomía, independientemente de la promesa matrimonial que ha sido el origen del acto de ruptura; y la consecuencia de esta posición es reclamar una regulación especial del incumplimiento dentro del Derecho internacional privado. Posición esta difícilmente aceptable, pues los efectos de la promesa (en caso de ruptura) no pueden separarse de forma radical del negocio jurídico que ha sido su causa. De este modo, el problema se desplaza hacia la calificación del negocio jurídico, de la promesa matrimonial”. Sobre la necesidad de argumentación dogmática en Derecho internacional privado, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021.

reguladora de la promesa de matrimonio en casos internacionales<sup>16</sup>. Como explica A. SARAVALLE, aunque puede sorprender que la promesa de matrimonio, institución que se creía olvidada, cuente con una regulación propia de Derecho internacional privado en estas leyes de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, ello tiene su explicación en dos motivos. En primer lugar, estos tres legisladores estatales han querido, con ello, zanjar las controversias doctrinales sobre la calificación de la promesa de matrimonio, germen de debates doctrinales interminables y motivo de una fuerte inseguridad jurídica. En segundo lugar, estos tres legisladores han querido elaborar una disciplina completa de las situaciones privadas internacionales, con las menores lagunas legales. Por ello, estas leyes especiales de Derecho internacional privado han recogido normas de conflicto de leyes, hasta hoy poco frecuentes, que señalan la ley aplicable a las reclamaciones derivadas de la ruptura de la promesa de matrimonio<sup>17</sup>.

**11.** Este silencio legal casi completo en Europa y total en el Derecho internacional privado europeo y español sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la promesa de matrimonio ha generado una dura “batalla de calificaciones” desde hace más de cien años. En efecto, visto que el Derecho internacional privado europeo y español cuentan tan sólo con normas de competencia internacional judicial y con normas de conflicto que fijan la Ley aplicable a categorías jurídicas generales, -como “matrimonio”, a las “relaciones de familia”, a los “contratos”, a la “responsabilidad extracontractual” y a otros supuestos jurídicos configurados de forma muy amplia-, resulta necesario “calificar” la promesa de matrimonio. Sólo una vez averiguada y definida su naturaleza jurídica, la cuestión de la promesa de matrimonio podrá ser encajada en una de las anteriores categorías jurídicas generales. Como escribe G. BALLADORE PALLIERI, en realidad, los problemas jurídicos más graves suscitados en Derecho internacional privado por la promesa de matrimonio vienen, precisamente, de las dificultades para calificar jurídicamente, de un modo correcto, dicha promesa de matrimonio<sup>18</sup>.

**12.** En este escenario, la doctrina ha entendido que la promesa de matrimonio puede ser calificada de maneras extraordinariamente diversas en los diferentes sistemas estatales de Derecho internacional privado, como muy bien exponen Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES<sup>19</sup>. De la ca-

<sup>16</sup> Vid. art. 26 Legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato (Suppl. ord. GU Serie gen. 128 del 3 giugno 1995): “*Promessa di matrimonio. 1. La promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge nazionale comune dei nubendi o, in mancanza, dalla legge italiana*”. El precepto se encuentra ubicado en el *Titolo III («Diritto applicabile»)* y en el *Capo IV («Rapporti di famiglia»)* de la Ley 218/1995. Vid. art. 45 de la Ley belga que contiene el Código de Derecho internacional privado de 16 julio 2004: «*La promesse de mariage est régie: 1° par le droit de l’Etat sur le territoire duquel l’un et l’autre des futurs époux ont leur résidence habituelle au moment de la promesse de mariage; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d’un même Etat, par le droit de l’Etat dont l’un et l’autre des futurs époux ont la nationalité au moment de la promesse de mariage; 3° dans les autres cas, par le droit belge*». Este precepto se halla encuadrado en el *Chapitre III* de dicha Ley, titulado «*Relations matrimoniales*» y en la «*Section 2. - Droit applicable à la promesse de mariage*». Vid. Ley (Turquía) sobre el Derecho internacional privado y procesal (n. 5718) de 27 noviembre 2007, que entró en vigor el 12 de diciembre de 2007. Su art. 12 se ocupa de la promesa de matrimonio y afirma: “(1) *The legal capacity to become engaged and the conditions thereof shall be governed by the respective national laws of the parties which are in force at the moment of engagement. (2) The provisions and consequences of the engagement are governed by the common national law or by Turkish law if the parties are of different nationalities*”. El texto puede verse en: <https://www.ispramed.com/wp-content/uploads/2018/07/IPPL-Turkey.pdf>.

<sup>17</sup> A. SARAVALLE, “Articolo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218*, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “*Ciò nonostante, le recenti leggi di riforma del diritto internazionale privato italiana e turca hanno dedicato un’apposita norma alla promessa di matrimonio. La ragione della previsione di questa norma dev’essere allora ricercata, più in generale, nella volontà di predisporre una disciplina di conflitto completa ed analitica e in grado di por fine ad un’antica querelle dottrina circa la piu corretta qualificazione dell’istituto*”.

<sup>18</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “*Trattato di diritto civile e commerciale*”, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 173-174: “*vi è primo un istituto assai discusso: la promessa di matrimonio. Le maggiori discussioni al riguardo si appuntano sulla qualifica dell’atto: appartiene al diritto delle obbligazioni o al diritto di famiglia? Si sono messe in luce le incongruità dell’una e dell’altra soluzione*”.

<sup>19</sup> Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 391, n. 288: «*La grande variété de conceptions qui règnent dans les différents systèmes juridiques a conduit aux rattachements les plus divers. Assimilée tantôt à un contrat ordinaire, tantôt à une convention d’ordre familial préparatoire au mariage ou à un élément du statut familial en raison des obligations qu’elle fait naître, tantôt enfin à un cas de responsabilité civile, la promesse de mariage est régie, suivant l’analyse que l’on en donne, soit par la loi contractuelle, soit par la loi personnel, soit par la loi*

lificación que se otorgue a la promesa de matrimonio dependerá la norma de conflicto aplicable y de ella y de su punto de conexión, depende, a su vez, cuál es la Ley sustantiva que regirá el fondo de la asunto. La ruptura de la promesa de matrimonio ha sido calificada, así, como un contrato, como una cuestión de régimen económico de los prometidos, como una cuestión familiar y para-matrimonial, como una cuestión familiar autónoma, como una cuestión relativa a la persona individual, como un hecho que da lugar a responsabilidad civil extracontractual y también, incluso, como una institución jurídica propia, que no encaja en ninguna de las categorías legales anteriores. El menú ofrece platos para todos los gustos.

**13.** Hasta hace pocos años, esto es, en un escenario en el que el Derecho internacional privado era una disciplina jurídica propia de cada Estado, los tribunales arrancaban de la tesis de la calificación *lege fori*. Ello significaba que los tribunales de un Estado calificaban la promesa de matrimonio con arreglo a su propio Derecho sustantivo. Así, por ejemplo, si en Derecho francés la promesa de matrimonio se considera un acto ilícito que produce responsabilidad civil extracontractual, entonces los tribunales franceses aplicaban las normas francesas de competencia internacional y la norma francesa de conflicto de leyes que fija la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Del mismo modo, si en Derecho alemán la promesa de matrimonio se consideraba un acto propio del Derecho de familia, los tribunales alemanes aplicaban las normas alemanas de competencia internacional y la norma alemana de conflicto de leyes que fija la Ley estatal reguladora de las relaciones de familia. Y así, sucesivamente.

**14.** Ahora bien, en la actualidad, este enfoque que arrancaba de una calificación *lege fori* ha cambiado. Siempre con carácter previo y preferente, los tribunales de los Estados miembros de la UE deben tener presente la calificación que el Derecho europeo otorga a la promesa de matrimonio. Si el Derecho europeo considera que ésta, por ejemplo, genera obligaciones extracontractuales, se aplicarán las normas europeas que regulan la competencia judicial internacional y la norma europea de conflicto de leyes que fija la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales.

**15.** Si el Derecho europeo no resulta aplicable, la cuestión debe enfocarse desde un punto de vista multi-jurisdiccional. En efecto, cada Derecho nacional puede calificar de modo distinto la promesa de matrimonio. El Derecho francés puede considerar que se trata de una cuestión de responsabilidad civil extracontractual, mientras que el Derecho alemán puede estimar que se trata de una cuestión de Derecho de familia. Esta situación puede conducir a paradojas, pues aunque dos Estados distintos dispongan de normas de conflicto idénticas, al calificar la cuestión de modo diferente, resultará que la Ley aplicable al fondo del asunto será distinta según se accione ante tribunales de un Estado o de otro. Así lo explica con claridad H. BATIFFOL sobre el previo ejemplo proporcionado por M. WOLFF<sup>20</sup>.

---

*délictuelle*». También B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2006, p. 514: «*Il est vrai que la localisation du délit peut faire difficultés en particulier lorsque les fiancés ne résident pas dans le même pays. Si l'on se prononce pour la loi du dommage, celui-ci, principalement d'ordre moral, pourra être considéré comme localisé au domicile de la victime*». En ese mismo sentido, E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. pp. 215-216.

<sup>20</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, pp. 35-36: «*Considérons par exemple avec Wolff le cas d'un Allemand rompant à Paris ses fiançailles avec une Allemande; l'action en dommages-intérêts de la fiancée est regardée par la règle allemande de conflit comme relevant de l'état des personnes, donc en l'espèce de la loi allemande; la règle française y voit (ou y verrait semble-t-il si la question se posait, étant donné la position du droit civil interne) une matière délictuelle, donc régie par la loi du lieu du délit, en l'espèce la loi française. Wolff estime que même devant un tribunal français la loi allemande peut être invoquée aussi bien que la loi française, car la règle de conflit française donnant compétence à la loi allemande pour le statut personnel des Allemands, doit accepter comme appartenant à ce statut tout ce que la loi allemande y englobe, et en particulier la mesure de la force obligatoire des fiançailles. Bien entendu la loi française pourra aussi être invoquée puisque la règle française de conflit donnant compétence à la loi du lieu du délit en matière délictuelle, la loi française du lieu de délit sanctionne la rupture de fiançailles sur le terrain délictuel. Le même raisonnement sur les règles de conflit allemandes montre que la même alternative existerait devant un tribunal allemand. Wolff en conclut très logiquement que la demanderesse s'appuiera à son choix sur l'une ou l'autre des deux lois qui admettent sa prétention. La logique de cette conclusion suffit à rendre suspectes les prémisses du raisonnement car elles se trouvent conduire ainsi obligatoirement à un résultat dont on peut apprécier la valeur: la demanderesse ayant le choix entre les deux lois, française et allemande, s'arrêtera évidemment à celle qui lui sera la plus favorable, en l'espèce probablement la loi allemande faisant écho*

16. En suma, bienvenidos todos a la batalla de calificaciones, una de las más fascinantes e intensas experiencias dogmáticas en Derecho internacional privado. Es el momento de averiguar cuál es la calificación correcta de la ruptura de la promesa de matrimonio en el Derecho internacional privado de la Unión Europea.

## 2. Calificación de la promesa de matrimonio y de los esponsales en Derecho internacional privado europeo

### A) Primacía de Derecho internacional privado europeo y calificación de la promesa de matrimonio

17. Los tribunales españoles deben realizar la calificación de la promesa de matrimonio, a efectos del Derecho internacional privado, a partir del Derecho europeo. Ello es consecuencia de la primacía del mismo sobre los sistemas legales nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros. En este punto del discurso, dos elementos previos son importantes.

En primer lugar, si el Derecho internacional privado europeo considera que la promesa de matrimonio debe ser calificada como una cuestión que pertenece a una determinación categoría jurídica, «obligaciones contractuales», «obligaciones extracontractuales», «régimen económico matrimonial», etc., y que tal categoría jurídica está regulada por normas del Derecho internacional privado europeo, tales normas serán aplicables. En dicho supuesto, las normas españolas de Derecho internacional privado quedan totalmente desplazadas y no resultan aplicables.

En segundo lugar, en el supuesto de que, por el contrario, una vez que la promesa de matrimonio haya sido calificada con arreglo al Derecho europeo como pertenecientes a una categoría jurídica no regulada por el mismo, entonces la cuestión debe ser tratada desde una perspectiva nacional. En tal caso, los tribunales españoles deben calificar la promesa de matrimonio desde la óptica del Derecho sustantivo español (art. 12.1 CC). Una vez calificada con arreglo a los criterios del Derecho español, la promesa de matrimonio se registrará por la Ley designada por la norma de conflicto española correspondiente.

### B) El método unilateral europeo de calificación “reglamento por reglamento”.

18. El Derecho internacional privado europeo carece de una norma general que indique cómo resolver la cuestión de la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable. Ahora bien, a pesar de ello, el legislador europeo proporciona una solución adecuada al siempre difícil e intrincado tema de la calificación. Como explica de modo muy sugestivo T. VIGNAL, cada reglamento europeo determina, de modo propio e independiente, la materia a la que es aplicable, esto, es, las concretas situaciones jurídicas internacionales cubiertas por el mismo<sup>21</sup>. El operador jurídico debe sólo comprobar que la situación jurídica concreta debatida aparece cubierta por un específico Reglamento europeo y si es así, el Reglamento en cuestión se aplicará y sus normas de conflicto fijarán la Ley estatal aplicable a la situación jurídica debatida.

19. Este método, como recuerdan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, presenta tres ventajas indudables<sup>22</sup>. En primer lugar, es un método sencillo para el operador jurídico, que debe

---

*à la tradition canonique qui raisons connues les fiançailles comme un premier élément du mariage, tandis que la qualification délictuelle française, avant tout soucieuse de la liberté des consentements le jour du mariage, rend plus lourde au demandeur la charge de la preuve qui porte à la fois sur la faute et le préjudice. C'est dire qu'on donne d'avance raisons au demandeur, ou plus précisément que le problème du conflit de lois est tranché d'office en sa faveur puisque c'est lui qui choisira, au mieux de ses intérêts, la loi applicable. Or, il n'y a aucune raison plausible de favoriser a priori le demandeur plutôt que le défendeur, et ce pour éviter de demandeur plutôt que le défendeur, et ce pour éviter de trancher le problème de conflit de lois».*

<sup>21</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> ed., Paris, Sirey, 2017, pp. 44-49.

<sup>22</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, vol. I, 2020, pp. 567-571.

solamente tener presentes conceptos jurídicos europeos. En segundo lugar, es un método uniforme, pues todos los tribunales de todos los Estados miembros determinan del mismo modo el ámbito de aplicación de los reglamentos europeos y utilizan un catálogo único de calificaciones de las cuestiones jurídicas. En tercer lugar, es un método que, en teoría, no puede caer jamás en contradicciones. En efecto, al ser elaborados todos los reglamentos por el mismo legislador, -el legislador europeo-, toda cuestión litigiosa recibe una sola calificación y sólo un reglamento europeo es aplicable a cada cuestión litigiosa.

**20.** Este método unilateral europeo hace completamente inútiles las clásicas y decimonónicas teorías de la calificación *lege fori* y *lege causae*. Es irrelevante la calificación jurídica que la cuestión debatida reciba en la *Lex Fori*, esto es, en la Ley nacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Es también irrelevante la calificación jurídica que la cuestión debatida reciba en la *Lex Causae*, esto es, en la Ley que rige el fondo de la promesa de matrimonio, sea ésta la que sea. Es indiferente, pues, la naturaleza jurídica de la cuestión en los Derechos nacionales. Lo único que es relevante es la calificación de este acto jurídico a la luz del Derecho de la UE. Puede afirmarse, así, que la calificación debe realizarse *lege europae*. El operador jurídico debe limitarse a atribuir a la promesa de matrimonio una “calificación europea”. Así, podrá afirmar que la promesa de matrimonio hecha en Londres, por ejemplo, entre ciudadano suizo y ciudadano español, es, para el Derecho de la UE, “materia contractual”, “materia extracontractual”, “materia perteneciente a los regímenes económicos matrimoniales”, “materia relativa a las relaciones familiares” o la que corresponda.

**21.** En esta perspectiva, cada Reglamento europeo precisa de modo propio e independiente, su ámbito de aplicación material, opera a través de dos elementos hermenéuticos fundamentales.

**22.** En primer lugar, se utiliza un elemento positivo: la definición europea de las materias reguladas. Para precisar las materias reguladas, las materias cubiertas por el Reglamento en cuestión, cada Reglamento europeo emplea, a su vez, dos técnicas precisas y distintas pero complementarias.

Según la primera técnica, la técnica del concepto general europeo, se define en abstracto, mediante conceptos generales, la materia regulada por cada reglamento de Derecho internacional privado: obligaciones extracontractuales, obligaciones contractuales, divorcio, sucesión por causa de muerte, etc. Estos “conceptos generales” se definen *mos europeus*, esto es, son conceptos autónomos, conceptos propios del Derecho de la UE que no se extraen de ninguna Ley nacional concreta. Así, existe un concepto europeo de “obligaciones contractuales”, un concepto europeo de “obligaciones extracontractuales”, un concepto europeo de “sucesión *mortis causa*”, etc. Ahora bien, con frecuencia, los Reglamentos europeos no recogen estos “conceptos generales”. En tales supuestos, recuerda S. BARIATTI, es el TJUE el que interpreta y define el concepto europeo de la materia objeto de regulación por un Reglamento de la UE (SAP Asturias 7 febrero 2018 [lesiones sufridas en hotel sito en Francia])<sup>23</sup>. Así, el Reglamento Roma I se aplica a las “obligaciones contractuales”, pero no define tal concepto. Pues bien, el TJUE entiende que la noción “materia contractual” u “obligaciones contractuales” es autónoma y propia del Derecho de la UE y no debe definirse con arreglo al Derecho nacional de ningún Estado en concreto. El TJUE, en esta línea, por ejemplo, ha entendido que la “materia contractual” comprende los litigios derivados de un “*compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*”. Así, por ejemplo, una donación de inmueble está cubierta por el concepto “*obligaciones contractuales*” empleado por el citado Reglamento Roma I y también por el Reglamento Bruselas I-bis (art. 7.1 RB I-bis).

A tenor de la segunda técnica, la técnica de las cuestiones reguladas «en particular», cada reglamento europeo contiene, además, bajo la rúbrica “ámbito de la Ley aplicable”, una detallada lista de cuestiones que deben considerarse reguladas, en particular, por dicho texto legal. Se trata de una lista de cuestiones concretas, normalmente complicadas y de calificación discutida y discutible, que el le-

<sup>23</sup> S. BARIATTI, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 153-173. Vid. la muy interesante SAP Asturias 7 febrero 2018 [ECLI: ES:APO:2018:293], que aborda el caso de la calificación de ciertos daños producidos en un hotel situado en Francia como “contractuales” o “extracontractuales”.

gislador europeo califica como cuestiones cubiertas por el ámbito material del Reglamento en cuestión. Como explica con perspicacia M. FALLON, de ese modo directo se solventa el problema suscitado por ciertas cuestiones cuya calificación ha sido, tradicionalmente, objeto de disputa<sup>24</sup>. Así se puede apreciar en numerosas disposiciones legales europeas: art. 12 RR-I [obligaciones contractuales], art. 15 RR-II [obligaciones extracontractuales], Cons. [10] RR-III [Ley aplicable al divorcio], art. 11 PLH 2007 [alimentos], etc. Por ejemplo, el art. 12.1 RR-I establece que la prescripción de la acción para reclamar la entrega de la cosa en la compraventa es una cuestión cubierta por la noción «materia contractual». Para el legislador europeo, ésta es una cuestión que debe calificarse como cuestión «contractual» y no como cuestión «procesal».

**23.** En segundo lugar, se utiliza un elemento negativo: las cuestiones expresamente excluidas del ámbito material de cada reglamento. Cada reglamento europeo excluye de su ámbito de aplicación material ciertas cuestiones que pueden suscitar dudas calificatorias. Ejemplo: el art. 1.2.c) RR-I indica que están excluidas del ámbito espacial de aplicación del Reglamento Roma I las «obligaciones que se deriven (...) de testamentos y sucesiones». Por ello, para el Derecho internacional privado europeo, un contrato sucesorio no puede ser calificado como «materia contractual» regulada por el Reglamento Roma I.

**24.** En conclusión, puede afirmarse que mediante el método unilateral europeo «Reglamento por Reglamento», el operador jurídico debe: (a) calificar, con arreglo a los elementos hermenéuticos que proporciona cada reglamento europeo y la jurisprudencia del TJUE, la cuestión de fondo debatida, la situación jurídica concreta de la que se trate; (b) aplicar, en consecuencia, el concreto Reglamento europeo que se auto-declara aplicable al caso concreto ya calificado, después sus normas de conflicto y por último la Ley estatal a la que éstas conducen.

**25.** Una vez calificada la cuestión debatida con arreglo a los criterios que proporciona el Derecho internacional privado europeo, dos resultados son posibles.

En primer lugar, puede que la cuestión quede cubierta y regulada por los reglamentos europeos de Derecho internacional privado. En dicho caso, las normas europeas de competencia internacional señalarán cuál es el tribunal competente para conocer de las reclamaciones derivadas de una promesa de matrimonio. Del mismo modo, las normas europeas de conflicto de leyes concretarán qué Ley estatal debe regular la promesa de matrimonio así como las consecuencias jurídicas del eventual incumplimiento de la misma.

En segundo lugar, puede suceder que la cuestión jurídica no quede cubierta por ningún concreto reglamento europeo. En tal supuesto, la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la misma son cuestiones que deberán ser decididas con arreglo al Derecho internacional privado del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

### **3. La concreta calificación de la promesa de matrimonio en Derecho internacional privado europeo**

#### **A) Posibles calificaciones jurídicas de la cuestión**

**26.** En línea de principio, cuatro son las calificaciones posibles de la promesa de matrimonio y de los esponsales en Derecho internacional privado europeo.

En primer lugar, podría pensarse que la ruptura de la promesa de matrimonio y de los esponsales es una cuestión relativa al “régimen económico matrimonial” o al “régimen económico de las parejas registradas”. Se aplicaría, entonces, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales o bien el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una coo-

<sup>24</sup> M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2004, pp. 821-836, con extrema claridad.

peración reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>25</sup>. Tales instrumentos legales fijarán, en ese caso, los tribunales estatales competentes para conocer de las reclamaciones por ruptura de una promesa de matrimonio y la Ley estatal reguladora del fondo de dicha cuestión.

En segundo lugar, podría también conjeturarse que la ruptura de la promesa de matrimonio y de los esponsales debe ser calificada como una cuestión relativa a la “materia contractual”, porque se trata de un incumplimiento de obligaciones contractuales. En dicho supuesto, se aplicaría, para fijar los tribunales estatales competentes para conocer de las reclamaciones por ruptura de una promesa de matrimonio, el Reglamento Bruselas I-bis y en particular, su art. 7.1<sup>26</sup>. Para determinar la Ley estatal aplicable a las consecuencias de la ruptura de una promesa de matrimonio, sería aplicable el Reglamento Roma I<sup>27</sup>.

En tercer lugar, puede pensarse que la ruptura de la promesa de matrimonio y de los esponsales deben calificarse como una cuestión cubierta por la materia extracontractual. En dicho supuesto, para fijar los tribunales estatales competentes para conocer de las reclamaciones por ruptura de una promesa de matrimonio, sería aplicable el citado Reglamento Bruselas I-bis y en particular, su art. 7.2. Para concretar determinar la Ley estatal aplicable a las consecuencias de la ruptura de una promesa de matrimonio, sería aplicable el Reglamento Roma I y en particular su art. 4<sup>28</sup>.

En cuarto lugar, también puede aventurarse que la promesa de matrimonio y los esponsales deben calificarse como un supuesto específico de “relaciones familiares”. Si éste fuera el caso, ello significaría que el Derecho internacional privado europeo carece de normas aplicables a dichas cuestiones y que se trata de una cuestión no regulada por el mismo. En tal caso, el Derecho internacional privado europeo no es aplicable y la determinación de los tribunales competentes y de la Ley aplicable la ruptura de una promesa de matrimonio se debe fijar con arreglo al Derecho internacional privado nacional del Estado miembro ante cuyos tribunales haya presentado la demanda. En este supuesto, la ruptura de una promesa de matrimonio debe ser calificada por el Derecho nacional de dicho Estado a fin de determinar la norma de competencia judicial internacional y la norma de conflicto de dicho Estado miembro que resultan aplicables a la cuestión.

**27.** Debe también subrayarse que, además, las disposiciones de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado deben interpretarse las unas en relación con las otras, para evitar contradicciones y dotar de un sentido lógico y valorativo a dichos reglamentos. Todos los reglamentos europeos de Derecho internacional privado deben interpretarse y explicarse en sintonía y en armonía con los demás reglamentos europeos de Derecho internacional privado, como ha precisado la STJUE 11 junio 2015, C-649/13, *Nortel*, FD 26<sup>29</sup>. Ello evita solapamientos entre tales reglamentos, de modo que una cuestión jurídica no resulte regulada por varios reglamentos, sino por uno solo. En general,

---

<sup>25</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 patrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016). Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

<sup>26</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 (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis.

<sup>27</sup> Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008).

<sup>28</sup> Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

<sup>29</sup> STJUE 11 junio 2015, C-649/13, *Comité d'entreprise de Nortel Networks y otros* [ECLI:EU:C:2015:384], FD 26: “*En ese sentido el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que los Reglamentos 44/2001 y 1346/2000 deben interpretarse de tal manera que se evite todo solapamiento entre las normas jurídicas que ambos instrumentos establecen, así como todo vacío jurídico. De este modo, las acciones que, en virtud del artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 44/2001, estén excluidas del ámbito de aplicación de este último Reglamento, por relacionarse con «la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos», entrarán en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 1346/2000. De modo simétrico, las acciones que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1346/2000 entrarán en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001...*”.

los conceptos jurídicos de Derecho internacional privado empleados por varios reglamentos europeos deben ser interpretados del mismo modo, con el mismo significado. Es ésta la llamada “coherencia conceptual del Derecho internacional privado europeo”, en palabras de J. BASEDOW y que se puede apreciar en el texto de los Cons. 7 y 17 RR-I y Cons. 7 RR-II y en la jurisprudencia del TJUE (STJUE 28 julio 2016, C-191/15, *Amazon*, FD 37; STJUE 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO*, FD 43)<sup>30</sup>. Como indica F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ésta es la regla general de interpretación<sup>31</sup>. A lo anterior conviene añadir que los términos empleados por los reglamentos europeos de Derecho internacional privado deben ser interpretados en modo propio. En especial, debe indicarse que el Derecho internacional privado no está condicionado ni tiene por qué seguir las definiciones del Derecho material europeo ni del Derecho material de los Estados miembros. La independencia conceptual del Derecho internacional privado, apunta L. DE LIMA PINHEIRO, permite que este sector del Derecho cumpla su misión de manera más satisfactoria<sup>32</sup>.

## B) Calificación contractual

**28.** Algunos tribunales, algunos autores y algunos sistemas jurídicos nacionales han considerado que la promesa de matrimonio debe considerarse un “contrato” o una obligación contractual unilateral. La consideración de la promesa de matrimonio como “contrato” es característica del tradicional Derecho internacional privado inglés, explica E. VITTA<sup>33</sup>. Es el contrato para contraer matrimonio: *contract to marry, engagement to marry*. También aceptan la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio los Derechos de Estados que siguen, con más o menos convicción y sistema, la tradición del *Common Law* inglés. Es el caso de Sudáfrica, expone E. SPIRO, tal y como se aprecia en el famoso caso “*Guggenheim v. Rosenbaum*”, fallado por un tribunal sudamericano<sup>34</sup>. En Derecho sueco la promesa de matrimonio también ha sido considerada, tradicionalmente, un contrato, subraya A. WEILL<sup>35</sup>.

**29.** Esta calificación contractual es la lógica consecuencia de considerar que, en realidad, para el Derecho internacional privado inglés, el matrimonio es un contrato. Como explica J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, si esa calificación contractual se acepta, deben aplicarse a la promesa de matrimonio, por analogía, las normas de Derecho internacional privado previstas para los contratos<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Vid. Cons. 7 RR-II: “(7) El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (5) (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. Vid. Cons 7 RR-I: “(7) El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. Vid. STJUE 28 julio 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation vs. Amazon EU Sàrl* [ECLI:EU:C:2016:612]; STJUE 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance* [ECLI:EU:C:2016:40].

<sup>31</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

<sup>32</sup> L. DE LIMA PINHEIRO, “A interpretação no direito internacional privado”, *CDT*, 2020, n.2, vol. 11, pp. 496-509.

<sup>33</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato* vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. p. 167: “*Quanto alla legge regolatrice degli sponsali, i vari sistemi positivi divergono tra loro. Il diritto inglese (ed il diritto svedese) considerano gli sponsali alla stregua di un contratto, la cui non esecuzione importa la responsabilità contrattuale del fidanzato recalcitrante; con la conseguenza che i giudici britannici sottoporranò la questione alla proper law of the contract*”.

<sup>34</sup> Caso «*Guggenheim v. Rosenbaum*», 1961 (4) S.A. 21 (W). Vid. E. SPIRO, “Breach of Promise (Based on *Guggenheim v. Rosenbaum*)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266: “*The view, held not only by the learned judge, that for the purposes of the conflict of laws the contract to marry should be treated like an ordinary contract is referred to by Professor Rabel as an “old” one. Indeed, if the view were correct, then the parties could, just as in ordinary contracts, choose in a direct way the law which should govern their contract to marry*”.

<sup>35</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakakis), vol.II, 1969, pp. 22-24: «*On conçoit l’application de la loi du contrat dans les pays qui considèrent les fiançailles comme un contrat. C’est le cas notamment du droit suédois*».

<sup>36</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil in-*

**30.** El carácter contractual del matrimonio, y en consecuencia, de la promesa de matrimonio, deriva del Derecho canónico, que estuvo en vigor para toda Europa occidental durante más de quinientos años, explica P. FEDOZZI<sup>37</sup>. La visión canónica del matrimonio influyó, tras la Revolución francesa, en la regulación del matrimonio civil acogida en múltiples países europeos. Según muestra el clásico estudio de E. ENGD AHL, la concepción del matrimonio como contrato en Derecho internacional privado es consecuencia del impacto, en toda Europa, de las tesis de TOMÁS SÁNCHEZ DE ÁVILA, insigne jesuita español nacido en Córdoba y fallecido en Granada. TOMÁS SÁNCHEZ DE ÁVILA gozó de gran autoridad y prestigio en todo lo concerniente a la configuración jurídica y sacramental del matrimonio. Expuso sus tesis en su obra *Disputationum De Sancto Matrimonio Sacramento*, fechada en 1602, obra de tal repercusión que los seminaristas de la época solían decir “*si quieres saber más que el demonio, lee a Sánchez en De matrimonio*”<sup>38</sup>. Este autor partió del carácter estrictamente territorial del Derecho Canónico y formuló la regla *Lex Loci Celebrationis* para el matrimonio: éste se rige, tanto en lo relativo a las condiciones de forma como en las condiciones de fondo, -consentimiento matrimonial, capacidad nupcial-, por la Ley del país donde el matrimonio se hubiera celebrado. Ya en la Edad Media los canonistas y los juristas buscaban un “modelo estable de matrimonio” para la Iglesia Católica frente al matrimonio romano, que rea una relación de puro hecho, desprovisto de solemnidades, basado en un consentimiento continuo y en la mera cohabitación (*honor matrimonii*). Para ello, nada mejor que recurrir a la figura del contrato. El Papa Nicolás I había aludido a la máxima *consensus facit nuptias*, -tomada del gran jurisconsulto romano ULPIANO-, en el año 866. Por eso, desde el siglo XI, se exalta el carácter contractual del matrimonio. Tanto fue así, que canonistas y teólogos aceptaban pacíficamente que la “naturaleza jurídica del matrimonio” era la de un contrato<sup>39</sup>. Lo que se discutía era el carácter de tal contrato: ¿contrato consensual o contrato real?. No obstante, es muy probable que, a su vez, TOMÁS SÁNCHEZ se apoyara en las soluciones que unas decenas de años antes había desarrollado D. DE COVARRUBIAS Y LEYVA. En efecto, durante el período de aplicación exclusiva en Europa del Derecho canónico a la formación del matrimonio, existían ciertas variantes entre Estados y Provincias sobre la “forma” de prestar el consentimiento solemne al matrimonio. Hay que recordar, con P. MAYER, que en la Edad Media, cada obispo gozaba de un cierto poder legislativo, -sin perjuicio del Derecho canónico, único en todo el mundo-, por lo que surgen problemas de determinación de la Ley aplicable. Los canonistas realizan “glosas” a las Decretales, como las hechas a la Decretal *A Nobis* (Clemente III), en 1193, y *Ut animarum* (Bonifacio VIII), en 1298. Ello explica que fueran los canonistas los primeros que se ocuparan del tema de la “Ley aplicable” a la formación del matrimonio. D. COVARRUBIAS Y LEYVA se preocupó por la cuestión y apuntó también la solución de la aplicación de

---

*ternacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 2598-290: “*En tercer lugar, se admite una calificación contractual de la promesa; y la ruptura se considera como un incumplimiento contractual. Posición que ha sido mantenida por la jurisprudencia inglesa desde el caso «Hansen c. Dixon» hasta las últimas decisiones en el tema; y su justificación radica en una analogía con la propia concepción contractual del matrimonio*”.

<sup>37</sup> P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-455: “*Se la questione si presenta davanti al giudice italiano questi potrà essere in dubbio se gli sponsali debbano, secondo la prevalente dottrina canonistica accolta in alcune legislazioni, considerarsi come un contratto preliminare...*”.

<sup>38</sup> E. ENGD AHL, “Proposal for a Benign Revolution in Marriage Law and Marriage Conflicts Law”, *Iowa Law Review*, 1969, pp. 56-68; Id., “The Canonical and Metaphysical Background of the Classic Dutch Marriage Conflicts Rule”, *NILR*, 1968, pp. 42-67.

<sup>39</sup> La construcción del matrimonio como un contrato y su repercusión para el Derecho internacional privado se puede seguir en el clásico y admirable trabajo de E. ENGD AHL, “Proposal for a Benign Revolution in Marriage Law and Marriage Conflicts Law”, *Iowa Law Review*, 1969, pp. 56-68; Id., “The Canonical and Metaphysical Background of the Classic Dutch Marriage Conflicts Rule”, *NILR*, 1968, pp. 42-67; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley (estudio de Derecho internacional privado)*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 45-49; S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 45-49; E. CORECCO, “Die Lehre der Untrennbarkeit des Ehevertrages vom Sacrament im Lichte des scholastischen Prinzips ‘Gratia perficit, non destruit naturam’”, *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, n.143, 1974, p. 435; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial Canónico*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1986, pp. 25-26 y 44-48; J. GAUDEMET, “El vínculo matrimonial. Incertidumbre en la Alta Edad Media”, en AA.VV., *Matrimonio y Divorcio*, Salamanca, 1974, pp. 87-90; J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 91-97; A. MOLINA MELIÁ / M. ELENA OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 88-91; S. CARRIÓN, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Ed.RDP, Edersa, Jaén, 1977, pp. 3-8; DE SMET, *De sponsalibus et Matrimonio*, Brujas, 1927, 4ª ed., pp. 387-390; M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el DIPr. español*, Eurolex, Madrid, 1998, pp. 284-316.

la Ley del país de celebración del matrimonio (*Lex Loci Celebrationis*), en clara imitación de las reglas estatutarias relativas a los contratos. Legistas y canonistas, que enseñaban en las mismas Universidades, solían coincidir en las soluciones de DIPr., expone brillantemente el citado P. MAYER<sup>40</sup>.

31. El carácter contractual de la promesa de matrimonio en Derecho internacional privado inglés fue defendido por J. WESTLAKE en su clásico tratado<sup>41</sup>. En este sentido, la famosa sentencia *Kremezi vs. Ridgeway* (1949) consideró que la promesa de matrimonio tenía naturaleza de “contrato”<sup>42</sup>. La sentencia abordó el caso de una doble promesa de matrimonio, -la segunda sustituyó a la primera-, en cuya virtud un oficial inglés, Tom Ridgeway, prometió matrimonio a una joven griega con residencia en Atenas, Liana Kremezi, conocida como “la dama de Atenas”, “*the maid of Athens*”. La primera promesa tuvo lugar en Grecia y la segunda en Londres. Los acuerdos carecían de una elección de ley aplicable a la misma. El tribunal inglés estimó que ambas promesas de matrimonio constituían un contrato (= “*agreement to marry*”) y buscó la Ley estatal apropiada a la misma (= *the proper Law*). Según los tribunales ingleses, dicha Ley, la Ley del país más conectado con el caso (*the proper law of the contract*) era, a falta de indicación al respecto de las partes, la Ley del país donde los sujetos habían pensado establecer su primer domicilio conyugal, Inglaterra, como ha explicado N. BOSCHIERO<sup>43</sup>. Se trata del país de ejecución de la promesa de matrimonio. El tribunal aplicó el Derecho inglés y la dama de Atenas obtuvo una indemnización de 10.000 libras esterlinas, una suma muy considerable. El hecho causó un fuerte impacto social, tanto que se publicó en la prensa de la época<sup>44</sup>. El mismo criterio, -ley del país del domicilio conyugal proyectado-, fue aplicado en el precedente caso *Hansen vs. Dixon* (1906)<sup>45</sup>. En el caso “*Guggenheim v. Rosenbaum*”, fallado por un tribunal de Sudáfrica, quedó claro que *the proper law of the contract* suele ser, en efecto, en los sistemas legales anglosajones, el país donde el contrato debe ejecutarse. Ello se concreta, en los casos de ruptura de promesa matrimonial, en el país donde los prometidos tenían intención de instalar el domicilio conyugal<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 48 y 359.

<sup>41</sup> J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law, Or The Conflict of Laws, with Principal Reference to Its Practice in the English and Other Cognate Systems of Jurisprudence*, Editor W. Maxwell, 1858, pp. 315-333 y J. WESTLAKE, *Traité de droit international privé*, traducción de la 5ª edición (1912), por Paul Goulé, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914, n. 212 y 224.

<sup>42</sup> *Kremezi v. Ridgeway* [1949] 1 All E. R. 662. *Vid.* P.R.H. WEBB / D.J. LATHAM BROWN, “Engagements to Marry and the Conflict of Laws”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, n. 4, 1966, pp. 947-995, así como P.M. NORTH, “Varying the proper law”, *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 205-220. También E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216.

<sup>43</sup> N. BOSCHIERO, “Art. 26”, en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1149-1156. En este sentido se orienta cierta antigua jurisprudencia inglesa. En el caso *Hansen vs. Dixon*, (1906) 96 L.T. 32, (1906) 23 T.L.R. 56, el tribunal señaló que era indiferente el lugar donde la promesa de matrimonio se hubiera hecho o formalizado, puesto que lo relevante era, a falta de elección hecha por las partes sobre la Ley aplicable a la promesa de matrimonio, el lugar donde las partes tenían la intención de situar el hogar matrimonial. E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216.

<sup>44</sup> La solución judicial del caso vio la luz en numerosos periódicos el día 25 febrero 1949, por ejemplo, en *The Camberra Times*. Se trataba de una suma muy elevada. La dama de Atenas afirmó que si el oficial Graeme le pagaba 2200 libras de modo inmediato, no exigiría el resto de la suma. De ese modo, con su magnánimo gesto, ella evitó la total bancarrota de Thomas Graeme: “£10,500 AWARDED GREEK GIRL FOR BREACH OF PROMISE LONDON, Thursday. Liana Maria Kremezi, 23, of Greece, known as “The Maid of Athens” for her work in the war-time resistance movement, was yesterday awarded £10,500 damages and costs against Lieutenant-Commander Thomas Graeme ... The £10,500 awarded to the plaintiff is one of the heaviest amounts awarded in Britain in a breach of promise case (...). Miss Kremezi’s claim included special damages of £ 17,446 which, she said, she has spent on her trousseau. Commenting on her action, Miss Kremezi said: “England has returned to me my great love for her. As for Tom Ridgeway, I am very sorry indeed. But I had to bring the action to clear my father’s name. “In spite of his actions, such a great love as mine has been, cannot be wholly washed away in a moment”. Reuter quotes her as adding, “In a small corner of my heart, I feel a maternal affection for him, like a mother feels for a child who has behaved badly”. El texto de la noticia tal y como fue publicada por *The Camberra Times* puede verse en: <https://trove.nla.gov.au/newspaper/article/2791757>.

<sup>45</sup> *Hansen vs. Dixon*, (1906) 96 L.T. 32, (1906) 23 T.L.R. 56.

<sup>46</sup> E. SPIRO, “Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266: “According to both English and South African law the proper law of the con-

32. En otros países también ha sido defendida la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio. Así, un sector minoritario de la doctrina italiana consideró, en su momento, que los esponsales constituían un contrato, como recuerda E. VITTA<sup>47</sup>. Del mismo modo, cierta jurisprudencia suiza también se inclinó por esta calificación contractual de la promesa de matrimonio, según indica E. RABEL<sup>48</sup>. Del mismo modo, incluso en la doctrina española antigua y no tan antigua se encuentran autores partidarios de la calificación de los esponsales y de la promesa de matrimonio como un “contrato”. Antes del Código civil español de 1889, dicha calificación contractual conducía a la aplicación, a la promesa matrimonial, de la Ley del país de celebración del contrato. Era ésta la solución conflictual recogida en la Ley 15, título 14, Partida III de las Partidas alfonsinas, texto legal aplicable antes del Código civil español de 1889 e incluso tras el mismo, pues dicho código carecía de una norma de conflicto que precisara cuál era la ley aplicable a los contratos internacionales. Esta calificación contractual fue sostenida, por ejemplo, por J.R. DE ORÚE Y ARREGUI<sup>49</sup>. También J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE consideró que los esponsales debían regirse por la Ley determinada con arreglo a la norma de conflicto que rige las obligaciones contractuales<sup>50</sup>. Del mismo modo, aunque sin verdadera convicción ni sistema, afirma M. DE LASALA LLANAS que los esponsales y la promesa de matrimonio constituyen un contrato y se rigen por la Ley española si tales declaraciones se han realizado en España (*lex loci contractus*) y se rigen por la ley nacional común de los prometidos en el caso de que ambos ostenten la misma nacionalidad, ya que ésta es la “regla en materia de obligaciones convencionales, por presunción de su voluntad”<sup>51</sup>. El TS, que en el siglo XIX debía decidir si las reclamaciones derivadas de ruptura de los esponsales eran competencia de la jurisprudencia civil o eclesiástica, también apostaba, en aquellos tiempos, por el carácter de los mismos como un «contrato»<sup>52</sup>. Por si fuera poco, y para introducir todavía más variedad y caos en medio

---

*tract is the law of the country which the parties have agreed or intended or are presumed to have intended shall govern it; and in the case of a contract concluded in one country to be performed in another, it can be presumed, in the absence of an express term or any other indication to the contrary, that the proper law is the law of the latter (lex loci solutionis). Applying these principles, the learned judge found on the proved facts that the proper law of the contract to marry was the law of South Africa. The irresistible inference from all the facts appeared to the learned judge to be that both parties intended that the law of South Africa, where they were to rejoin one another as soon as possible and arrange to get married, should govern their contract, and that they could not possibly have intended that the New York law should apply to their relationship, for which conclusion the learned judge found strong support in the decision in Hansen Dixon”.*

<sup>47</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, pp. 215-216: “Cominciando dal matrimonio, conviene soffermarsi dapprima sulla promessa di matrimonio, o sponsali. Un’opinione minoritaria ritiene che la promessa di matrimonio costituisca un contratto e cada pertanto sotto le leggi di cui all’art. 25, 1º comma, oppure, volta a volta, che dia luogo ad obbligazioni ‘ex lege’, essendo quindi regolata dal 2º comma dello stesso articolo (le due soluzioni sono state successivamente proposte dal Balladore Pallieri)”. En sentido favorable a la calificación de la promesa como “contrato” a efectos de precisar la Ley aplicable a la forma de la misma, vid. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 706-707: “Poiché la promessa di matrimonio ha un carattere indiscutibilmente contrattuale, verrà in considerazione anche per essa la legge regolatrice della forma. Ciò, tuttavia, sempre e soltanto nei limiti in cui la forma costituisca una condizione di validità della fattispecie negoziale e non per effetti ulteriori, come avviene nell’art. 81 del nostro codice civile”.

<sup>48</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216, nota [4].

<sup>49</sup> J.R. DE ORÚE Y ARREGUI, *Manual de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1952, p. 642: “respecto a la ley aplicable, dado el carácter contractual de los esponsales, se regirán por la ‘lex loci contracti’ propia del país en que se celebraron, ley que determinara la concesión y forma de solicitarse las indemnizaciones».

<sup>50</sup> J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 88-116, esp. p. 94: “... pensamos que habrían de calificarse los esponsales como obligación convencional y por tanto, la norma de colisión correspondiente debe ser la aplicable”.

<sup>51</sup> M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 110-111: “Para los extranjeros, no tendrá aplicación la mencionada regla, si son de distinta nacionalidad, pues en este caso la obligación se rige por la *lex loci contractus*, que, en la hipótesis, es la ley española. Cuando los prometidos sean del mismo país, regirá la ley de su nacionalidad, como es regla en materia de obligaciones convencionales, por presunción de su voluntad”.

<sup>52</sup> STS 13 enero 1879, *Jurisprudencia Civil*, vol. 41, caso Pérez vs. Rodríguez, pp. 23-24 y J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional privado español, doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. RDP, Madrid, 1981, pp. 748-449: “Considerando que las cuestiones que surgen acerca del cumplimiento de un contrato celebrado conforme a las leyes y a las buenas costumbres deben resolverse con arreglo a lo pactado, porque es la ley principal para las partes; Considerando que si D. José Rodríguez López prometió casarse con Doña Josefa Pérez Salgueiro, obligándose en otro caso a entregarla 5.000 pesetas por razón de perjuicios, claro y evidente es que no habiendo cumplido el primer extremo del contrato se halla obligado a cumplir el segundo...”.

de esta confusión calificatoria, algunos autores, como W. GOLDSCHMIDT, estimaron que los esponsales eran, para el Derecho español, “contratos de Derecho de familia”, y debían regirse por las normas de Derecho internacional privado que rigen estos contratos propios del Derecho de familia<sup>53</sup>. En tal sentido el autor citado defendió la aplicación de las normas que fijan la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales para los efectos económicos de los esponsales y la promesa de matrimonio y las normas que rigen los efectos personales del matrimonio, por analogía, para los efectos personales derivados de la promesa matrimonial y los esponsales<sup>54</sup>.

**33.** Todas las consideraciones anteriores sobre la posible calificación contractual de la ruptura de la promesa de matrimonio sólo son válidas en, sin embargo, en el marco de concretos sistemas jurídicos nacionales. En Derecho internacional privado europeo debe razonarse de modo diferente, esto es, en un modo europeo, liberado de conceptos, definiciones y naturalezas jurídicas nacionales de la promesa de matrimonio.

**34.** Podría pensarse que los esponsales y la promesa de matrimonio son instituciones jurídicas cubiertas por la “materia contractual” definida en sentido europeo. Para analizar la cuestión es preciso arrancar de dos previos.

Primero: la noción “materia contractual” debe definirse en términos autónomos, propios del Reglamento Bruselas I-bis y del Reglamento Roma I, propios, en definitiva, del Derecho internacional privado europeo. Así lo ha indicado el TJUE en copiosa jurisprudencia<sup>55</sup>. En consecuencia, para determinar si el objeto del litigio constituye una “materia contractual” no debe recurrirse al concepto que sobre tal noción se tenga en los Derechos nacionales de los Estados miembros, - el concepto de “contrato” y de “obligaciones contractuales” en Derecho inglés, español o francés-, sino al concepto europeo de materia contractual.

Segundo: el TJUE ha señalado que la “materia contractual”, definida en sentido europeo, comprende los litigios derivados de un “*compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*”. Una inmensa masa de constante jurisprudencia del TJUE así lo indica<sup>56</sup>. Basta, pues, con que se pueda iden-

<sup>53</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: “Si en el problema de calificación procediera, por ende, la aplicación de la doctrina de la “*lex civilis fori*”, habríamos de acudir a las normas de colisión sobre contratos del Derecho de familia”.

<sup>54</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: “A los efectos patrimoniales de los esponsales de futuro, sobre todo al deber de devolver los regalos, así como a la obligación de la parte culpable de indemnizar a la parte abandonada, debe aplicarse el Derecho al que las partes se han sometido mediante posibles capitulaciones prenupciales. Si no hubiese tales capitulaciones, debe aplicarse el Derecho nacional del futuro marido en el momento de la celebración de los esponsales de futuro, en analogía la reglamentación patrimonial del matrimonio (...). A los efectos personales de los esponsales de futuro debe aplicarse el Derecho mudadizo del futuro marido, igualmente en analogía a la regulación de similares problemas en el Derecho matrimonial”.

<sup>55</sup> STJCE 22 marzo 1983, 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp. 987-1012 [ECLI:EU:C:1983:87]; STJCE 8 marzo 1988, 9/87, *Arcadovs. Haviland*, *Recopilación*, 1988, pp. 1539-1556 [ECLI:EU:C:1988:127]; STJCE 27 septiembre 1988, 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*, *Recopilación*, 1988, pp. 5565-5588 [ECLI:EU:C:1988:459]; STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, pp. 3967-3996. [ECLI:EU:C:1992:268]; STJCE 19 mayo 1998, C-351/96, *Drouot assurances SA vs. Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites), Protea assurance, Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne*, *Recopilación*, 1998, p. I-3075. [ECLI:EU:C:1998:509]; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, *Recopilación*, 2002, p. I-07357, [ECLI:EU:C:2002:499]; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel*, *Recopilación*, 2002, p. I-8111. [ECLI:EU:C:2002:555]; STJCE 5 febrero 2004, C-265/02, *Frahuil SA vs. Assitalia SpA.*, *Recopilación*, 2004, p. I-1543 [ECLI:EU:C:2004:77]; STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*. [ECLI:EU:C:2013:165]; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM SpA* [ECLI:EU:C:2016:282], FD 53; STJUE 15 junio 2017, C-249/16, *Saale Kareda vs. Stefan Benkö*, [ECLI:EU:C:2017:472], FD 28; STJUE 7 marzo 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Air Nostrum* [ECLI:EU:C:2018:160], FD 58; STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks sp. z o.o. vs. Azteca Products & Services, S.L.*, [ECLI:EU:C:2018:805], FD 38.

<sup>56</sup> *Vid.* como pronunciamientos más destacados en torno al concepto de “materia contractual” en el Derecho internacional privado europeo, STJCE 22 marzo 1983, 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp. 987-1012 [ECLI:EU:C:1983:87]; STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, pp. 3967-3996. [ECLI:EU:C:1992:268]; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, *Recopilación*, 2002, p. I-07357, [ECLI:EU:C:2002:499]; STJCE

tificar una obligación jurídica libremente asumida por una parte frente a otra, aunque esa otra parte sea indeterminada o no haya intervenido en un acuerdo o pacto con la persona que libremente se obliga o no exista “contrato” entre ellas (auto TJUE 13 febrero 2020, C-606/19, *Iberia*, FD 33; STJUE 26 marzo 2020, C-215/18, *Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S*, FD 38 y 52)<sup>57</sup>. Esta noción de “*compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*” es amplia (AAP Zaragoza 11 octubre 2007 [transporte de pasajeros])<sup>58</sup>. Para el Derecho europeo, en realidad, no es el contrato lo que crea las obligaciones contractuales. Éstas nacen de la voluntad unilateral y libre de cada parte. La voluntad unilateral y libre de una persona, dirigida a otra persona, es la que crea la “materia contractual”.

**35.** Así las cosas, podría pensarse que los esponsales y la promesa de matrimonio son instituciones jurídicas cubiertas por la “materia contractual” tal y como ha sido definida en sentido europeo. Podría aducirse, en dicho sentido, que la obligación asumida por una persona que se compromete libremente a contraer matrimonio (= “promesa de matrimonio”) y que las obligaciones de los sujetos que se comprometen a celebrar matrimonio entre ellos (= “esponsales”) son compromisos voluntariamente aceptados por tales personas. Como tales, deberían constituir, desde el punto de vista del Derecho internacional privado europeo, un caso típico de “obligaciones contractuales”. Esta posición conduciría a aplicar las normas de Derecho internacional privado europeo que regulan las obligaciones contractuales y no las que rigen las relaciones familiares y matrimoniales. El Reglamento Bruselas I-bis y el Reglamento Roma I serían aplicables, por tanto, a las reclamaciones por ruptura de una promesa de matrimonio con carácter internacional. Sin embargo no es así. Existen poderosas razones que permiten afirmar que las reclamaciones derivadas de la ruptura de la promesa de matrimonio no están incluidas en la materia contractual propia del Derecho europeo.

**36.** En primer lugar, aunque pueda parecer lo contrario, la promesa de matrimonio es un compromiso libremente asumido pero no tiene carácter jurídico, sino moral y/o emocional. La palabra “compromiso”, empleada por la jurisprudencia del TJUE, hace referencia a una obligación de contenido legal, a una obligación que es exigible porque la ley así lo indica. Para negar el carácter jurídico del compromiso asumido en una promesa de matrimonio basta hacer referencia a los siguientes argumentos.

En primer lugar, el art. 9 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (2007/C 303/01), bajo el rótulo de “*Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia*”, afirma que “*se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”<sup>59</sup>. Ese derecho subjetivo de

5 febrero 2004, C-265/02, *Frahul SA vs. Assitalia SpA.*, *Recopilación*, 2004, p. I-1543 [ECLI:EU:C:2004:77]; STJCE 19 mayo 1998, C-351/96, *Drouot assurances SA vs. Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites), Protea assurance, Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne*, *Recopilación*, 1998, p. I-3075. [ECLI:EU:C:1998:509]; STJCE 20 enero 2005, C-27/02, *Petra Engler vs. Janus Versand GmbH*, *Recopilación*, 2005, p. I-499 [ECLI:EU:C:2005:33], FD 51; STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*. [ECLI:EU:C:2013:165], FD 47; STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV, Ferho Bewehrungsstahl GmbH, Ferho Vechta GmbH, Ferho Frankfurt GmbH vs. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Bülllesheim*, [ECLI:EU:C:2015:574], FD 52; STJUE 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance* [ECLI:EU:C:2016:40], *ERGO*, FD 44; STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH vs. Amazon*, FD 35; STJUE 15 junio 2017, C-249/16, *Saale Karede vs. Stefan Benkö*, [ECLI:EU:C:2017:472], FD 28; STJUE 7 marzo 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Air Nostrum* [ECLI:EU:C:2018:160], FD 60; STJUE 8 mayo 2019, C-25/18, *Brian Andrew Kerr vs. Pavlo Postnov, Natalia Postnova*, [ECLI:EU:C:2019:376], FD 24; STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks sp. z o.o. vs. Azteca Products & Services, S.L.*, [ECLI:EU:C:2018:805] FD 39; STJUE 5 diciembre 2019, C-421/18, *Ordre des Avocats du barreau de Dinant vs. JN*, [ECLI:EU:C:2019:1053], FD 26; Auto TJUE 19 noviembre 2019, C-200/19, *INA-Industrija nafte d.d. y otros vs. Ljubljanska banka d.d.*, [ECLI:EU:C:2019:985], FD 30; STJUE 11 noviembre 2020, C-433/19, *Ellmes Property Services Limited vs. SP*, [ECLI:EU:C:2020:900], FD 37; Auto TJUE 13 febrero 2020, C-606/19, *flightright GmbH vs. Iberia*, [ECLI:EU:C:2020:101], FD 33; STJUE 26 marzo 2020, C-215/18, *Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S*, [ECLI:EU:C:2020:235], FD 38 y 52.

<sup>57</sup> Auto TJUE 13 febrero 2020, C-606/19, *flightright GmbH vs. Iberia*, [ECLI:EU:C:2020:101]; STJUE 26 marzo 2020, C-215/18, *Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S*, [ECLI:EU:C:2020:235].

<sup>58</sup> AAP Zaragoza 11 octubre 2007 [ECLI:ES:APZ:2007:1004A].

<sup>59</sup> DOUE C 326 de 26 octubre 2012 (versión consolidada 2012) y texto en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

toda persona cubre el derecho a contraer matrimonio significa que un ser humano no puede ser obligado a contraer matrimonio en virtud de un acuerdo previo o de una promesa unilateral de contraer matrimonio. Por tanto, para el Derecho europeo, la promesa de matrimonio presenta un contenido puramente moral y emocional y no jurídico. No es un compromiso jurídicamente exigible. Al igual que afirmaciones como “te querré siempre”, “quiero fundar una familia contigo”, “quiero tener hijos contigo”, la promesa de matrimonio, -”te prometo que me casaré contigo”-, no tiene contenido jurídico y por eso su contenido, la celebración del matrimonio, no puede ser exigido ante un tribunal, pues el Derecho no concede acción para ello.

En segundo lugar, la inmensa mayoría de las legislaciones del mundo consideran que estas promesas de matrimonio no producen efectos jurídicamente obligatorios. No obligan a las personas a contraer matrimonio ni a indemnizar a la otra parte en el caso de no celebrarse el matrimonio. La promesa de matrimonio es un acuerdo, un pacto, un compromiso unilateral o bilateral, si se quiere, pero que no produce efectos obligatorios. Es un compromiso no obligatorio, es un acuerdo sin contenido negocial. Y un acuerdo sin contenido, sin obligaciones, no puede calificarse como “contrato”, como muy bien han destacado G. BALLADORE PALLIERI y N. BOSCHIERO<sup>60</sup>.

En tercer lugar, cabe apuntar que, en estos casos, y salvo prueba en contrario, las personas se comprometen a contraer matrimonio en unos ciertos términos y no a indemnizar a la otra persona por los gastos y daños que les puede haber causado el incumplimiento de la promesa de matrimonio. Por tanto, no puede sostenerse que los daños causados de ruptura de la promesa de matrimonio sean consecuencia de un compromiso libre y voluntariamente asumido por una persona. Esta obligación, si es que existe, no es una obligación contractual. En efecto, en estos esponsales y promesas, las personas se obligan a contraer matrimonio, pero no suelen obligarse a pagar los gastos producidos en casos de no celebración del matrimonio. En consecuencia, si se reclama una indemnización derivada del incumplimiento de la promesa de matrimonio, se reclama el cumplimiento de una obligación establecida, en su caso, por la ley y no derivada de la voluntad de una persona. Tal obligación no presenta naturaleza contractual.

**37.** En conclusión, se debe afirmar que la promesa de matrimonio no puede calificarse como un “contrato” y las obligaciones que surgen de la misma no son obligaciones en materia contractual. El art. 7.1 del Reglamento Bruselas I-bis no es aplicable a las reclamaciones por ruptura de estas promesas. El Reglamento Roma I es inaplicable para fijar la Ley aplicable a la promesa de matrimonio.

### C) Calificación como cuestión de régimen económico

**38.** El Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016) indica, con toda claridad que es aplicable “a los regímenes económicos matrimoniales” (art. 1.1 R.2016/1103). Con arreglo al art. 3.1.a) del mismo, se entenderá por “régimen económico matrimonial” el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. Es evidente que la promesa de matrimonio y los esponsales no regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, pues en estos casos, los prometidos

<sup>60</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 173-174: “A considerarla come una obbligazione convenzionale ne deriverebbe tra l'altro la inammissibile conseguenza della possibilità per le parti di scegliere la legge regolatrice (cosidetto principio della autonomia delle parti) (...) la promessa di matrimonio, se è atto giuridico, non è però negozio giuridico. Si noti infatti che per il nostro diritto la promessa di matrimonio non produce alcun obbligo giuridico di contrarre quest'ultimo, e nemmeno produce inadempimento. Gli effetti non sono dunque quelli conformi alla volontà delle parti, ma solo quelli fissati per legge, e questi effetti, anche quando rivestono il carattere di risarcimento non costituiscono risarcimento per inadempimento di una obbligazione contrattuale, poiché la obbligazione di questo tipo, come si è detto testé, non vi è”. También N. BOSCHIERO, “Art. 26”, en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1149-1156.

nunca llegan a ser cónyuges. Por otro lado, el art. 3.1.b) R.2016/1103 precisa que se entiende por “capitulaciones matrimoniales”, el “acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”. Es también obvio que la promesa de matrimonio y los esponsales no son instituciones que organizan el régimen económico matrimonial de los prometidos. En consecuencia, parece sencillo concluir que la promesa de matrimonio y los esponsales no pueden calificarse como una institución cubierta por la categoría jurídica “régimen económico matrimonial” y que también por tanto, que el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales no es aplicable a tales cuestiones.

**39.** Por otra parte, el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas precisa que regula “*los efectos patrimoniales de las uniones registradas*” (art. 1.1 R.2016/1104). El art. 3.1.a) R.2016/1104 precisa que se entiende por “unión registrada” el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”. El art. 3.1.b) R.2016/1104 indica que se entiende por “efectos patrimoniales de la unión registrada”, el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución”. Finalmente, el art. 3.1.c) R.2016/1104 indica que se entiende por “capitulaciones de la unión registrada” el “*acuerdo en virtud del cual los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión registrada*”. El objetivo del reglamento citado es fijar la Ley aplicable a las relaciones económicas entre convivientes de una pareja registrada que se refieren a “*la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada*” y a la “*liquidación, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros*”<sup>61</sup>. Es evidente que las consecuencias económicas de la ruptura de una promesa de matrimonio o de unos esponsales no tiene nada que ver con estos aspectos. Incluso en el caso de existir una pareja de hecho, la ruptura de una promesa de matrimonio realizada entre los convivientes no constituye una infracción de las reglas jurídicas que rigen las relaciones entre los convivientes de hecho. Por ello, la promesa de matrimonio y los esponsales no pueden calificarse como una institución incluida en la materia “efectos patrimoniales de las uniones registradas” y también por ello, el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas no es aplicable a estas cuestiones.

**40.** Como indicara hace años años J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, debe recordarse que la regulación jurídica de la promesa de matrimonio no comporta ninguno de los efectos propios del régimen jurídico de la familia<sup>62</sup>. Ninguno de los reglamentos europeos citados es aplicable a las reclamaciones que surgen tras la ruptura de una promesa de matrimonio.

#### **D) Calificación de tipo familiar, matrimonial y personal**

**41.** Ciertos expertos, como A. SCHNITZER, R. DE NOVA, M. MIELE, R. MONACO, E. VITTA y T. BALLARINO, han estimado que la promesa de matrimonio podría ser calificada como una “relación de

<sup>61</sup> Cons. (18) R.2016/114: “*El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros*”.

<sup>62</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262.

familia”<sup>63</sup>. Algunos autores, como es el caso de E. VITTA, enfatizan, también, que ésta es la calificación más difundida en los sistemas de Derecho internacional privado de los distintos países europeos y razón no le falta<sup>64</sup>. Dentro de esta calificación genérica de la promesa de matrimonio como una cuestión de “relaciones familiares” existen variantes curiosas y sugestivas, gozo máximo y sublime de los expertos legales en Derecho internacional privado más entregados a los placeres más exquisitos de la dogmática jurídica.

### a) La calificación matrimonial

42. En el caso de que el Derecho europeo considerase que las reclamaciones derivadas de promesas de matrimonio incumplidas constituyen una cuestión de “relaciones familiares” o de “estado civil” estaría excluido de la aplicación de todos los reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Así se establece en el art. 1.2.b) RR-I, art. 1.2.a) RR-II y art 1.2.a) RB I-bis.

43. Determinados autores consideran que la promesa de matrimonio debe ser calificada como una “cuestión matrimonial”, o bien como una cuestión de “Derecho de familia”, explica E. RABEL<sup>65</sup>. En efecto, en países como Italia, Alemania, -en este caso con ciertos pero leves matices-, y España, la doctrina mayoritaria era favorable a una calificación de la promesa de matrimonio como una cuestión familiar o “para-matrimonial”<sup>66</sup>. Esa calificación familiar, como cuestión perteneciente al “estatuto per-

<sup>63</sup> M. MIELE, *Scritti di diritto matrimoniale*, Cedam, 1964, p. 25; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, p. 154: “la promessa di matrimonio può infatti essere considerata come un rapporto obbligatorio, da sottoporsi quindi alla legge regolatrice delle obbligazioni, oppure come un fatto che, posto in relazione ad altre circostanze, è suscettivo di certe conseguenze giuridiche, oppure ancora come attinente al diritto di famiglia. Secondo l'ordinamento italiano quest'ultima è la soluzione da darsi al problema di qualificazione”; R. DE NOVA, “voce Matrimonio (promessa di), diritto internazionale privato”, *Novissimo Digesto italiano*, X, Utet, 1964, pp. 426-429; R. DE NOVA, “Gli sponsali in diritto internazionale privato”, *Il Foro Italiano*, 1955, vol. 78, N. 2, pp. 25-38; R. DE NOVA, “Obbligazioni (Diritto internazionale privato)”, en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 456-500; A.F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts: einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, T.I, 3ª ed., Verlag für Recht und Gesellschaft, 1957, pp. 308-311; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol.II, UTET, Torino, 1973, p. 167; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, p. 707.

<sup>64</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. pp. 167-168: “La maggior parte dei sistemi continentali europei fanno invece rientrare la promessa di matrimonio nell'ambito del diritto di famiglia, sottoponendo la rottura della promessa alla legge regolatrice del matrimonio, al quale gli sponsali sono strettamente collegati, oppure li considerano una convenzione di tipo familiare facendoli cadere sotto la legge regolatrice delle convenzioni tra coniugi. Si noti però, che la questione della legge applicabile si pone solo relativamente alle obbligazioni di carattere finanziario a carico del colpevole della rottura ed a favore della parte che abbia subito un danno in conseguenza della rottura stessa. Infatti non si riscontra, nelle varie legislazioni, un obbligo di esecuzione specifica, nel senso che il fidanzato recalcitrante possa esser costretto a sposarsi, vi sono anzi sistemi, come il francese, nei quali gli sponsali non costituiscono un contratto giuridicamente obbligatorio, ma solo una promessa d'inele puramente morale, il cui adempimento è solo una questione di coscienza; cosicché i danni non saranno dovuti per la rottura della promessa in sé considerata, ma solo in quanto possano essere specificamente dimostrati nelle circostanze del caso”.

<sup>65</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216.

<sup>66</sup> Para Italia, *vid. inter alia*, R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, pp. 153-157: “la promessa di matrimonio può infatti essere considerata come un rapporto obbligatorio, da sottoporsi quindi alla legge regolatrice delle obbligazioni, oppure come un fatto che, posto in relazione ad altre circostanze, è suscettivo di certe conseguenze giuridiche, oppure ancora come attinente al diritto di famiglia. Secondo l'ordinamento italiano quest'ultima è la soluzione da darsi al problema di qualificazione”, así como P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-455: “La determinazione della legge applicabile agli sponsali promessa bilaterale di matrimonio è dominata dalla qualificazione che la legge del giudice dà all'atto. Se la questione si presenta davanti al giudice italiano questi potrà essere in dubbio se gli sponsali debbano, secondo la prevalente dottrina canonistica accolta in alcune legislazioni, considerarsi come un contratto preliminar e debba quindi ad essi applicarsi la disposizione del nostro titolo preliminar relativa alle obbligazioni convenzionali (art. 9) oppure se essi appartengono al diritto di famiglia e quindi debba applicarsi ad essi il principio generale dell'art. 6. Quest'ultima tesi sarà indubbiamente seguida dal nostro giudice”. También A. SARAVALLE, “Artículo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “Secondo la tesi prevalente, l'attinenza con il matrimonio faceva ricadere l'istituto nel diritto di famiglia”. Para España, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262: “En el sistema español, según se ha indicado, prima una calificación

sonal” fue también mayoritaria en Suiza, escribe A.F. SCHNITZER<sup>67</sup>. En consecuencia, en este caso, si la promesa de matrimonio merece una calificación como una cuestión de “Derecho de familia” o como una “cuestión matrimonial”, entonces deberían aplicarse, por analogía, las normas de Derecho internacional privado nacionales de cada Estado relativas a la celebración del matrimonio<sup>68</sup>.

44. En particular, en Derecho internacional privado italiano, se ha citado a favor de la calificación familiar de la promesa de matrimonio una sentencia dictada por la *Corte d'Appello della Libia* de 12 mayo 1932<sup>69</sup>. Se trataba de una promesa de matrimonio realizada entre dos ciudadanos libios de religión hebrea y que residían en Bengasi, promesa que aparecía acompañada, en el mismo documento, de una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la promesa y de la no celebración del matrimonio. El tribunal tuvo que decidir sobre la discutida validez de dicha cláusula, que era válida según el derecho judío, pero inválida según el Derecho común italiano. Era, pues, necesario, calificar la promesa de matrimonio y la cláusula penal como cuestiones bien de “Derecho de familia” o bien de “Derecho de obligaciones”. Si se optaba por una calificación familiar, era aplicable la ley nacional común, esto es, la ley judía, y la promesa era válida y la cláusula penal también. Si se optaba por la calificación contractual, entonces era aplicable la Ley italiana, ya que la promesa se formalizó en territorio italiano y la cláusula penal no era exigible. Pues bien, el tribunal tomó una tercera vía. Dividió la controversia en dos cuestiones distintas. Afirmó que el acuerdo de matrimonio, la promesa de matrimonio debía ser calificada como cuestión relativa a la familia y que, por tanto, se regía por la Ley judía: la promesa era válida, pues. Por otro lado, indicó que la cláusula penal debía considerarse como perteneciente una cuestión relativa al Derecho de obligaciones, por tanto, debía regirse por la Ley del lugar donde se había acordado tal cláusula, Ley italiana, y dado que según dicha Ley italiana esta cláusula era nula y sin valor, declaró la nulidad de la misma<sup>70</sup>.

#### (a) Aplicación de la Ley personal / Ley nacional común de los prometidos

45. De ese modo, en Alemania, Italia y España, al menos, la promesa de matrimonio ha sido considerada una cuestión de Derecho de Familia y se ha sujetado a la Ley personal común de los prome-

---

*familiar por parte de la doctrina, de manera que la consecuencia sería someter el régimen de la ruptura de los esponsales a la ley rectora de los efectos de la promesa, esto es, la ley nacional del varón en el momento de la celebración de los esponsales”.*

<sup>67</sup> A.F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts: einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, T.I, 3ª ed., Verlag für Recht und Gesellschaft, 1957, pp. 308-311.

<sup>68</sup> De todos modos, no existe “una” Ley aplicable al matrimonio en Derecho internacional privado español, sino que existe una Ley que regula la capacidad, otra el consentimiento y otra la forma del matrimonio, por lo que habría que precisar a cuál de tales leyes es aplicable, por analogía, a la promesa de matrimonio, como indica T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 706-707: “*Neppure si può parlare, come subito diremo, di una legge regolatrice del matrimonio alla quale la promessa possa essere ricondotta per attrazione*”.

<sup>69</sup> Sentencia de la Corte d'Appello della Libia de 12 mayo 1932, en *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1932, p. 432.

<sup>70</sup> P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 146-147: “*Una sentenza del 12 marzo 1932 della Corte d'appello di Libia mi sembra che, senza dirlo, abbia fatto applicazione di questo concetto della preminenza della legge metropolitana all'interessante materia delle qualificazioni. Si trattava di una promessa di matrimonio scambiata fra due cittadini libici israeliti di Bengasi accompagnata da una clausola penale per il caso di inadempienza. La Corte doveva decidere del valore contestato di questa clausola, che sarebbe stata valida secondo il diritto giudaico, invalida secondo il diritto comune italiano. L'applicazione dell'uno o dell'altro diritto derivava dal modo in cui la clausola penale doveva essere qualificata: se si riteneva che essa appartenesse al diritto di famiglia, si doveva applicare il diritto giudaico mantenuto in vigore per gli israeliti appunto per i rapporti di famiglia, se si riteneva invece che essa facesse parte del diritto delle obbligazioni, si doveva applicare il codice civile italiano introdotto in colonia con vigore territoriale assoluto per tutti i rapporti obbligatori. La Corte ha correttamente condotto il processo della qualificazione in base alla legge metropolitana, ma limitandosi ad osservare che «il concetto del diritto di famiglia, quale si è voluto mantenere ai cittadini italiani libici, va necessariamente preso dal nostro diritto». Quindi aggiunse: «Tuttavolta che in un unico documento si regolano istituti di diritto che, per la nostra legge e per la nostra concezione giuridica vanno riportati a branche diverse di diritto, sembra corretto alla Corte, anche perchè l'analogia non è consentita in leggi eccezionali, come nella specie, mantenere autonome le figure dei diversi istituti e regolarli secondo la rispettiva legge». Da ciò la Corte trasse la conseguenza che la convenzione doveva essere regolata dal diritto ebraico per quanto riguardava la promessa di matrimonio, giacché per questa parte essa ateneva al diritto di famiglia, e dal diritto italiano rispetto alla clausola penale, dovendo quest'ultima ritenersi appartenente al diritto delle obbligazioni e siccome in base al diritto italiano tale clausola è nulla, così doveva sancirsi la nullità”.*

tidos, que suele ser la Ley nacional de ambos. Como subrayan T. BALLARINO / A. BONOMI, la conexión entre “libertad matrimonial” y “promesa de matrimonio” apunta a considerar que ésta debe ser calificada como una cuestión matrimonial a regular por la Ley nacional común de los prometidos<sup>71</sup>. Para el legislador italiano de 1995 la cuestión sigue siendo de naturaleza matrimonial o para-matrimonial, puesto que, explica A. SARAVALLE, el art. 26 *legge* 218, que regula la cuestión, está colocado en la parte de la ley que se ocupa de las relaciones de familia y además, emplea conexiones de tipo personal, esto es la nacionalidad común de los prometidos<sup>72</sup>. El art. 39 del Código Bustamante (La Habana, 20 Febrero 1928) también consideró que esta cuestión debía quedar sujeta a la Ley personal común de las partes, y en su defecto, a la *Lex Fori*<sup>73</sup>.

46. Esta visión de la promesa de matrimonio destaca que ésta nace y se desarrolla en un contexto familiar, en un ambiente cultural específico que suele ser el correspondiente al país cuya nacionalidad ostentan ambos sujetos. Es por eso que la ley nacional común debe aplicarse. Es la ley que ambos esperan ver aplicada a dicha promesa de matrimonio, la ley que se corresponde con sus vínculos culturales, religiosos y morales comunes. El art. 9.1 CC, en el caso español, apuntaría, en efecto, a la aplicación de la Ley nacional común de los prometidos.

(b) Ley aplicable en defecto de nacionalidad común de los prometidos

47. En defecto de tal nacionalidad común se abren diferentes posibilidades que han sido defendidas tanto por insignes autores como por cierta jurisprudencia en los distintos sistemas nacionales de Derecho internacional privado.

48. En primer lugar, un nutrido grupo de expertos ha defendido la famosa “teoría del cúmulo”. Sostienen que debería aplicarse cumulativamente las Leyes nacionales de ambos sujetos. Así lo sostuvo G. BALLADORE PALLIERI y también T. BALLARINO<sup>74</sup>. Ello conduciría, en la práctica, y a los efectos de poder exigir responsabilidad civil por ruptura de la promesa, a requerir que la promesa se ajuste a los términos de la ley nacional más restrictiva. Así, en el caso de que un ciudadano francés prometiera matrimonio a un sujeto español y dicha promesa resultara incumplida, el sujeto español sólo podría reclamar responsabi-

<sup>71</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, pp. 373-374: “La seconda soluzione è stata accolta nella legge di riforma che rende applicabile, in prima battuta, la legge nazionale comune dei nubendi. Tale scelta è da approvare dato lo stretto legame esistente tra ai sensi sponsali ed il principio della libertà matrimoniale”.

<sup>72</sup> A. SARAVALLE, “Articolo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “la norma, infatti, aderisce chiaramente alla tesi prevalente com’è possibile evincere dalla sua collocazione all’interno del capo quarto della legge, dedicato appunto ai rapporti di famiglia, e soprattutto, dal ricorso ad un criterio di collegamento di tipo personale”.

<sup>73</sup> Artículo 39 Código Bustamante: “Se rige por la ley personal común de las partes y, en su defecto, por el derecho local, la obligación o no de indemnización por la promesa de matrimonio incumplida o por la publicación de proclamas en igual caso”. El texto puede verse en: [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo3.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf).

<sup>74</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 173-174: “La materia è dunque regolata dal secondo comma dell’art. 25 (obbligazioni extracontrattuali); ma vedremo, esaminando quella disposizione, che le obbligazioni ‘ex lege’ sono normalmente disciplinate in conformità alla legge applicabile al rapporto a cui ineriscono, nel caso nostro essendo sancito in considerazioni di possibili rapporti familiari, la obbligazione di cui si tratta è regolata dalla legge competente per i rapporti di famiglia e cioè dalla legge nazionale” y con mayor claridad: “Nel caso poi che si tratti di promessa fra due persone di diversa nazionalità, io non vedo alcun inconveniente a riconoscere che ciascuno è sottoposto agli obblighi derivantigli dalla sua legge nazionale, dato che è il suo diritto nazionale quello che gli va applicato, anche se tali obblighi riescono diversi da quelli che incomberebbero all’altro promittente qualora si trovasse egli nella stessa situazione. Il caso non è diverso da quello in cui ciascun coniuge può trovarsi per la sussistenza o la inesistenza nella legge nazionale dell’altro di impedimenti al matrimonio che non esistono o che esistono nella propria legislazione nazionale”; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 706-707: “Ne segue che si dovranno applicare le due leggi in concorso cumulativo, e prevarrà la più restrittiva, quella cioè che stabilisce requisiti più severi”. También a favor del cúmulo, con mayor o menor simpatía, como solución *de lege lata*, se muestran R. DE NOVA, “Gli sponsali in diritto internazionale privato”, *Il Foro Italiano*, 1955, vol. 78, N. 2, pp. 25-38; R. DE NOVA, “voce Matrimonio (promessa di), diritto internazionale privato”, *Novissimo Digesto italiano*, X, Utet, 1964, pp. 426-429; G. MORELLI, “Legge regolatrice del contratto di matrimonio e volontà delle parti”, *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, 1942, pp. 219-129.

lidad al francés si se verifican los requisitos al efectos exigidos tanto por el Derecho francés como por el Derecho español. Lo que significa que el Derecho más exigente para poder reclamar responsabilidad civil derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio, sea el francés o el español, debe observarse, como muy bien explica C. FOCARELLI<sup>75</sup>. Buena parte de la doctrina italiana y algún autor alemán ha defendido esta tesis del “cúmulo de las Leyes nacionales”, una tesis farragosa, es cierto, y complicada, es verdad, como expone A. SARAVALLE<sup>76</sup>. Favorable a esta tesis del cúmulo se mostró la sentencia del tribunal regional superior de Munich de 13 marzo 1929, citada por H. LEWALD, que afrontó el siguiente caso: una mujer checoslovaca reclamó daños e intereses en reparación del daño moral resultante de la ruptura de una promesa de matrimonio por parte de un ciudadano alemán. Pues bien, el tribunal falló a favor de la acumulación de los dos estatutos personales y como la legislación checoslovaca no admitía la reparación del daño moral tras la ruptura de la promesa matrimonial en cuestión, rechazó la reclamación de la mujer<sup>77</sup>.

49. En segundo lugar, otros autores, en casos de nacionalidad diferente de las partes, apuntaban a una solución diferente: la teoría de la aplicación distributiva de las respectivas nacionales. En este sentido, la víctima de la ruptura debe poder solicitar una indemnización máxima con arreglo a su Ley nacional y el presunto responsable sólo responderá, al máximo en sintonía con su propia ley nacional, ex-

<sup>75</sup> C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 93-94: “*l’opinione prevalente era peraltro nel senso che si sarebbe trattato di un istituto del diritto di famiglia (benché posto in essere prima che la «famiglia» si formi con il matrimonio), con conseguente applicazione della legge nazionale comune ex art. 17 o, in caso di cittadinanza diversa, delle due leggi nazionali applicate cumulativamente. Il «cumulo» conduceva a riconoscere, in caso di rottura della promessa, alla parte lesa non più di quanto previsto da entrambe le leggi nazionali, e quindi in pratica dalla più restrittiva... (...) Si noterà inoltre che, a differenza dei diritti della personalità, per la promessa di matrimonio le conseguenze della violazione non sono sottoposte alla legge regolatrice dell’illecito ...*”.

<sup>76</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato* vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. p. 168; R. MONACO, *L’efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, p. 155; R. DE NOVA, “voce Matrimonio (promessa di), diritto internazionale privato”, *Novissimo Digesto italiano*, X, Utet, 1964, pp. 426-429; R. DE NOVA, “Gli sponsali in diritto internazionale privato”, *Il Foro Italiano*, 1955, vol. 78, N. 2, pp. 25-38; M. MIELE, “Sulla legge applicabile alla rottura degli sponsali”, *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, 1942, pp. 77-89; G. MORELLI, “Legge regolatrice del contratto di matrimonio e volontà delle parti”, *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, 1942, pp. 219-129; D. ANZILLOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, Athenaeum, 1918, pp. 219-221; D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale privato*, 1912-13, pp. 484-490; G. BOSCO, *Corso di diritto internazionale privato*, Castellani, 1939, p. 222; G. BOSCO, *Corso di diritto internazionale privato*, Firenze, 1936, p. 139; M. UDINA, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, A. R. E., Anonima romana editoriale, 1933, p. 176; E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1956, pp. 420-421; S. GEMMA, *Appunti di diritto internazionale, diritto pubblico*, Bologna, N. Zanichelli, 1923, p. 123; P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, 1935, p. 400, también partidario de la “teoría del cúmulo” pero sólo en el caso en el que, tras el matrimonio la mujer no adquiriese la nacionalidad del marido, pues en caso contrario, consideraba aplicable “*la legge nazionale del fidanzato*”, esto es, la “*Ley nacional del novio*”. P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-405: “... rimanendo così in ogni singolo caso le obbligazioni commisurate alla legge più favorevole all’obbligato”. Un análisis crítico y muy fundado de estas posiciones puede verse en E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, p. 216. Para el Derecho internacional privado alemán, favorable a la teoría del cúmulo, antes de la sentencia del BGH (Alemania) de 21 noviembre 1958, vid. M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, Ed. Labor, Barcelona 1936, traducción de José Rovira y Ermengol, pp. 286-287: «*Para saber si se ha estipulado válidamente un «contrato de esponsales» hay que acudir al Derecho nacional de los dos contrayentes. Si éstos son de distinta nacionalidad, los esponsales serán solamente válidos cuando cada uno de los contrayentes observe los requisitos exigidos por su Derecho nacional (...) Siendo válidos las esponsales, tendrán sólo los efectos jurídicos comunes a los Derechos nacionales de ambos contrayentes: sería contrario a la idea de comunidad que para uno de los contrayentes produjeran efectos más intensos que para el otro*». Vid. A. SARAVALLE, “Articolo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “*Nel vigore delle preleggi, qualora i nubendi avessero nazionalità diverse, si riteneva comunemente necessario procedere all’applicazione cumulativa delle due leggi nazionali, cosicché risultavano ammissibili solo le conseguenze previste da entrambe le leggi. Soluzione questa quanto farragosa, di poco semplificata dal suggerimento di un autorevole dottrina di procedere, invece, ad un’applicazione disgiuntiva delle due leggi*”. Bien explicada también la tesis del cúmulo, con fuertes críticas, por A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp. 22-24.

<sup>77</sup> Sentencia citada por H. LEWALD apud P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, p. 404, nota [2]: “*Si trattava di sapere se una donna cecoslovacca può pretendere danni interessi in riparazione del danno morale risultante dalla rottura di una promessa di matrimonio, di cui essa fu vittima da parte di un cittadino tedesco: il Tribunale si pronunciò per il cumulo dei due statuti personali e siccome il diritto cecoslovacco non ammette la pretesa in questione così respinse la domanda*”.

pone E. VITTA<sup>78</sup>. Es decir: la ley nacional de la víctima de la ruptura de la promesa de matrimonio rige su derecho a solicitar una indemnización por tal ruptura, mientras que la ley nacional del sujeto que rompe su promesa de matrimonio rige su obligación de satisfacer una indemnización. Esta postura fue adoptada por la famosa sentencia del BGH (Alemania) de 21 noviembre 1958. El Tribunal Supremo alemán aplicó a la responsabilidad civil derivada de la ruptura de una promesa de matrimonio hecha por sujeto austriaco a mujer alemana, la Ley nacional de la persona que había roto la promesa de matrimonio, esto es, la Ley austríaca. Al mismo tiempo, la víctima, alemana en este caso, según dicha sentencia, podía hacer valer la protección jurídica que le otorgaba su propia Ley nacional<sup>79</sup>. El tribunal optó por esta solución porque, explica J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, el Derecho alemán admitía una indemnización especial por desfloración (art. 1300 BGB Alemania), algo no contemplado por el Derecho austríaco. Por tanto, es natural y comprensible pensar que el tribunal favoreció a la víctima alemana para que pudiera solicitar dicha indemnización por desfloración, de modo que la Ley nacional del responsable de la ruptura de la promesa no se aplicó en toda su extensión<sup>80</sup>. Esta solución edificada sobre la aplicación distributiva de las Leyes nacionales fue seguida en Alemania durante años, indica M. SCHWIMANN<sup>81</sup>. Por tanto, en la práctica se optó por la ley nacional de la persona demandada, -presunto responsable de la ruptura de la promesa matrimonial-, pero con dicha excepción nacionalista. Así, en el caso de Alemania, explica A. NUSSBAUM, debe distinguirse entre indemnización por gastos hechos con motivo del matrimonio, -sometidos a la Ley nacional de la persona responsable de la ruptura-, e “indemnización por desfloración”, -sujeta a la Ley personal de la víctima-<sup>82</sup>.

## b) Calificación como cuestión familiar autónoma

**50.** Ciertos legisladores nacionales consideran que los esponsales y la promesa de matrimonio deben calificarse como unas “relaciones matrimoniales autónomas”, esto es, conectadas con el matrimonio, pero distintas a éste.

Este enfoque es el seguido por el art. 26 *legge* 218/1995 en Italia, que contempla expresamente el supuesto y que ha seguido la tesis dominante en la doctrina italiana antes de la ley 218/1995, favorable a la aplicación de la Ley nacional común de los prometidos (*fidanzati*)<sup>83</sup>. Este precepto se encuentra

<sup>78</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, p. 216: “*Per parte nostra concordiamo che la promessa di matrimonio attenga al diritto di famiglia e che la rottura della promessa cada pertanto sotto la legge nazionale, in base all’art. 17. In caso di diversa cittadinanza delle parti, tuttavia, riteniamo, a differenza della dottrina dominante, che si debba ricorrere disgiuntamente alle due leggi nazionali. Ciò nel senso che colui il quale è vittima della rottura di promessa non potrà richiedere più di quanto la sua legge nazionale gli concede. Mentre colui contro il quale la domanda è rivolta potrà, a sua volta, esser condannato solo nei limiti ammessi dalla di lui legge nazionale*”. También en E. VITTA, *Diritto internazionale privato* vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. p. 169. Con matices, parece ser también la opinión de E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1956, p. 421: “*si può dire, in generale, che ciascuna parte ha gli obblighi che le impone il suo statuto personale, ed anche i diritti che il suo statuto personale le conferisce*”.

<sup>79</sup> Sentencia del BGH alemán de 21 noviembre 1958, *Revue critique de droit international privé*, 1959, p. 680, con nota de E. MEZGER. *Vid.* también H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.II, 7ª ed., LGDJ, Paris, 1983, n. 415 nota 4 bis, pp. 39-40. J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 88-116, esp. pp. 91-95, que cita la opinión de M. HABICHT en favor de la Ley nacional del responsable de la ruptura.

<sup>80</sup> J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 88-116, esp. pp. 91-95.

<sup>81</sup> Citado por T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 374.

<sup>82</sup> A. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, pp. 98-100, opinión analizada por J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Formación del matrimonio y estados del vínculo en el Derecho civil internacional español”, en M. AGUILAR NAVARRO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 121-129, esp. p. 127.

<sup>83</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, p. 216: “*L’opinione di gran lunga prevalente è tuttavia nel senso che trattisi di istituto del diritto di famiglia, sottoposto pertanto alla legge nazionale comune delle parti, in base al 1º comma dell’art. 17*”; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, p. 94: “*Si noterà inoltre che, a differenza dei diritti della personalità, per la promessa di matrimonio le conseguenze della violazione non sono sottoposte alla legge regolatrice dell’illecito ...*”; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova,

englobado en el *Titolo III* («*Diritto applicabile*») y en el *Capo IV* («*Rapporti di famiglia*») de la Ley 218/1995 e indica que la promesa de matrimonio es una «relación de familia» autónoma, distinta al matrimonio y que se somete a la ley nacional de ambas personas y, en defecto de nacionalidad común, al Derecho sustantivo italiano<sup>84</sup>. Un buen ejemplo de su aplicación puede verse en el Decreto de la Corte di Appello di Torino de 23 diciembre 2010 [sentencia siria que procede a la ruptura del compromiso matrimonial «*ktab ktab*» propio del Derecho sirio]<sup>85</sup>.

Es ésta la línea también acogida por el art. 45 de la Ley belga que contiene el Código de Derecho internacional privado de 16 julio 2004, encuadrado en el *Chapitre III* de dicha Ley, titulado «*Relations matrimoniales*» y en la «*Section 2. - Droit applicable à la promesse de mariage*»<sup>86</sup>. El precepto somete la *promesse de mariage* al Derecho de la residencia habitual común y en su defecto a la Ley nacional común y a falta de esta conexión, a la Ley belga.

Ambos legisladores nacionales, el italiano y el belga, en efecto, han regulado de manera diferenciada la cuestión de la Ley aplicable a la promesa de matrimonio en casos internacionales, pero se han inspirado en la regulación del matrimonio. De ese modo, explican B. BAREL / ST. ARMELLINI, las conexiones recogidas al efecto son las mismas o muy similares que las expresamente previstas para fijar la Ley aplicable al matrimonio<sup>87</sup>.

### c) Calificación como cuestión relativa a la persona individual.

**51.** Otra variante de la calificación familiar de la promesa de matrimonio considera que, en realidad, esta promesa afecta primordialmente a la libertad de contraer matrimonio de la persona que efectúa la promesa. En consecuencia, constituye una cuestión relativa a la “persona” más que relativa a la “familia” o al “matrimonio”.

En tal caso, la validez de la promesa, su fuerza obligatoria y su sanción en caso de ruptura son cuestiones que deberían sujetarse a la Ley nacional de dicha persona, de la persona que promete matrimonio y falta a su promesa, como han apuntado P. MAYER / V. HEUZÉ y anteriormente, M. HABICHT<sup>88</sup>.

En el mismo sentido se pronunció una sentencia del Kammergericht (Alemania) de 11 enero 1939, citada por E. RABEL, en el caso de un ciudadano estadounidense domiciliado en Nueva York que disponía de una residencia temporal en Alemania y que sedujo a una joven alemana y le prometió matrimonio. El ciudadano norteamericano rompió su promesa, pero el tribunal alemán negó la acción de

1982, pp. 706-707: “*Benché l’unica sentenza italiana, di cui siamo a conoscenza, si sia espressa per la qualificazione come obbligazione ex lege ed abbia applicato la legge del luogo in cui la promessa era stata prestata, riteniamo che l’appartenenza degli sponsali al diritto delle persone, nella generale accezione dell’art. 17, non possa venir posta in dubbi*”.

<sup>84</sup> Art. 26 Legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato (Suppl. ord. GU Serie gen. 128 del 3 giugno 1995): “*Promessa di matrimonio. 1. La promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge nazionale comune dei nubendi o, in mancanza, dalla legge italiana*”.

<sup>85</sup> Decreto Corte Appello Torino 23 diciembre 2010, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 478 [sentencia siria que procede a la ruptura del compromiso matrimonial “*ktab ktab*” propio del Derecho sirio].

<sup>86</sup> Art. 45 de la Ley belga que contiene el Código de Derecho internacional privado de 16 julio 2004: «*La promesse de mariage est régie: 1° par le droit de l’Etat sur le territoire duquel l’un et l’autre des futurs époux ont leur résidence habituelle au moment de la promesse de mariage; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d’un même Etat, par le droit de l’Etat dont l’un et l’autre des futurs époux ont la nationalité au moment de la promesse de mariage; 3° dans les autres cas, par le droit belge*».

<sup>87</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Manuale breve Diritto internazionale privato: tutto il programma d’esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 136: “*Come per il matrimonio, il criterio di collegamento è quello della cittadinanza comune, in mancanza della quale si applica la legge italiana*”.

<sup>88</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, n. 548: “*... Pourtant, le problème est au fond celui de la liberté du mariage, et il pourrait être rattaché au statut personnel, donc soumis à la loi nationale; au cas où les deux fiancés n’auraient pas la même nationalité, on retiendrait la nationalité de fauteur de la rupture, puisque c’est sa liberté qui est en cause*”. También explicado por Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 391, n. 288. La opinión de M. HABICHT puede leerse *apud* J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Formación del matrimonio y estados del vínculo en el Derecho civil internacional español”, en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv. publ. Facultad Derecho, Univ. Complutense. Madrid, 1982, pp. 121-129, esp. p. 126-127.

la mujer, y sostuvo que las normas de conflicto alemanas remitían la regulación de la cuestión a la Ley de Nueva York como Ley personal del sujeto que rompe la promesa. En efecto, con arreglo a la Ley de Nueva York, el incumplimiento de la promesa de matrimonio no da acción de ningún tipo a la otra parte<sup>89</sup>.

También en este sentido se manifiesta E. SPIRO, para el que la Ley personal del presunto responsable de la ruptura de la promesa matrimonial se corresponde con la Ley del país de más previsible aplicación para las partes y con la naturaleza del “*contract to marry*”: una persona se obliga con arreglo a su propia Ley personal y ambas partes saben perfectamente cuál es la Ley personal del prometido incumplidor<sup>90</sup>.

52. En España, esta calificación llevaría a aplicar el art. 9.1 CC y, en consecuencia, la Ley nacional del prometido que realiza la promesa de matrimonio, pues como afirmara sagazmente M.A. AMORES CONRADI, el art. 9.1 CC no sólo establece la Ley aplicable a las materias expresamente señaladas en el precepto. Además de ello, el artículo citado recoge un principio general de reglamentación que sirve para interpretar el sistema español de Derecho internacional privado en las materias relativas al Derecho de la persona y familia, el tradicional “estatuto personal”, así como para integrar las lagunas legales que puedan surgir en la materia<sup>91</sup>.

#### d) Perspectiva europea: rechazo de la calificación familiar

53. Las argumentaciones anteriores en favor de una calificación familiar, matrimonial o personal se basan en análisis de la naturaleza jurídica de la promesa llevados a cabo en el seno de Derechos nacionales concretos. Desde la perspectiva del Derecho europeo, este análisis resulta ser muy diferente. Preciso resulta arrancar de datos positivos propios del Derecho europeo y no de las concepciones propias del Derecho nacional de los Estados miembros. Como se ha indicado anteriormente: el Derecho internacional privado europeo excluye de todos sus reglamentos ciertas materias que denomina “relaciones familiares” y “estado civil”. Así se aprecia en el art. 1.2.b) RR-I, art. 1.2.a) RR-II y art. 1.2.a) RB I-bis. Un análisis de estas disposiciones así lo demuestra.

52. En primer lugar, el art. 1.2.a) RR-II excluye del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II “*las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares*”. En segundo lugar, el art. 1.2.a) RR-I excluye de su ámbito de aplicación material “el estado civil y la capacidad de las personas físicas”, y el art. 1.2.) RR-I excluye del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I “*las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos*”. En tercer lugar, el art. 1.2.a) RB I-bis excluye del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis “*el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable*”. Pues bien, puede afirmarse que estas exclusiones no cubren las reclamaciones derivadas del incumplimiento de una promesa de matrimonio y ello por varias razones.

En primer lugar, el Considerando (10) del Reglamento Roma II indica que “[l]as relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral”. Deja pues, claro este texto, que el art. 1.2.a) RR-II no se aplica a la promesa de matrimonio y ésta no está excluida del Reglamento Roma II. El art. 1.2.a) RR-II alude al matrimonio y a figuras jurídicas con rasgos similares,

<sup>89</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 219.

<sup>90</sup> E. SPIRO, “Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266: “*It seems to me that, subject to paragraph 4, infra, the personal law of the defendant is the most appropriate solution. It has regard to the nature of the contract to marry and satisfies the requirements of certainty (...). The learned judge applied the proper law of the contract to marry which, in his view, was the law of South Africa. The law of South Africa happened also to be the lex fori. It is probably for this reason that the learned judge did not deal with the question whether the claim before him was not in the nature of a remedy subject to the lex fori on that ground*”.

<sup>91</sup> M.A. AMORES CONRADI, “Art. 9.1 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil, publicado por el Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 76-79.

como las parejas registradas, así como a relaciones de parentesco, como la filiación. Dicho esto, debe recordarse que la promesa de matrimonio no hace surgir ninguna relación de parentesco ni relación familiar alguna entre los prometidos, como ya observó G. BALLADORE PALLIERI en dos diferentes ediciones de su magnífico *Diritto internazionale privato* (1950 y 1974)<sup>92</sup>. La promesa de matrimonio no convierte a los prometidos en familia ni hace surgir ningún vínculo de familia entre los mismos, recuerda J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE<sup>93</sup>. Tampoco obliga a instaurar entre los prometidos una relación de familia ni de matrimonio. Como indicara J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en realidad, la calificación familiar de la promesa de matrimonio resulta forzada: dicha promesa no da lugar a ninguna relación de familia, pues sólo existe un pacto de futuro respecto a la unión matrimonial<sup>94</sup>.

En segundo lugar, la promesa de matrimonio tampoco es un matrimonio ni un contrato o pacto previo al matrimonio. De hecho, la familia no se ha creado todavía, el matrimonio no se ha celebrado y por eso los legisladores nacionales regulan la promesa de matrimonio de manera separada a los derechos y deberes de los cónyuges una vez celebrado el matrimonio.

En tercer lugar, ningún Derecho nacional establece un régimen económico particular y específico para los “prometidos”, recuerda P. MANKOWSKI, régimen que pueda aplicarse a las obligaciones, extracontractuales o contractuales, que pudieran surgir entre los prometidos<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 173-174: “*A considerarla appartenente al diritto di famiglia, a parte che una famiglia non c'è, ne deriverebbe la difficoltà di trovare una legge regolatrice nel caso di promessa tra persone di diversa cittadinanza...*”. Más claramente puede explorarse este argumento en la edición anterior de la misma obra, i.e., G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1950: “*Il fatto che il nostro codice includa la promessa di matrimonio nel libro dedicato ai rapporti familiari non è un elemento rilevante o almeno decisivo, come del resto riconosce, e già lo abbiamo visto, anche la corrente dottrina. D'altra parte è ben certo che la promessa di matrimonio non fa sorgere, tra coloro che la prestano, alcun vincolo o alcun rapporto familiare e che, quindi non appartiene di per sé ai diritti di famiglia. È anche certo che giuridicamente essa non fa sorgere alcun obbligo di costituire un rapporto familiare, poiché la sua inadempnienza può dar luogo solo a risarcimento di danni o ad altre conseguenze patrimoniali, ma non certo alla pretesa che il matrimonio venga celebrato. Tutto ciò che si può dire è che, se la promessa, viene adempiuta, sorge un rapporto familiare; ma dedurre da questo solo fatto che anche la promessa, di matrimonio appartiene al diritto familiare, sarebbe come sostenere che la promessa di vendita appartiene ai diritti reali perché, se adempiuta, dà luogo al trasferimento di un diritto reale. Come la promessa di vendita appartiene, per comune consenso, al diritto delle obbligazioni ed è regolata dalla legge competente per queste, e non da quella applicabile ai diritti reali, così la promessa di matrimonio appartiene al diritto delle obbligazioni, e non è nemmeno, come le convenzioni matrimoniali, in tal modo connessa con certi rapporti familiari e regolata in vista delle peculiarità di questi, da potersi considerare una loro parte integrante*”.

<sup>93</sup> J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 088-116, esp. p. 94: “*... las normas de colisión y sus reglas interpretativas suponen unas actitudes prematrimoniales, pero que en modo alguno constituyen de por sí relaciones jurídicas familiares. La promesa de matrimonio y los gastos que se inician con vistas a éste (compra de vivienda para futuro domicilio conyugal, utillaje, ajuar, etc.) no crean la relación jurídica matrimonial base de la familia; desde la perspectiva de la Ley, claro está, no afectan ni al domicilio de los novios, ni a su residencia habitual, ni a la nacionalidad (que ya no queda afectada ni con la celebración del matrimonio), ni producen efectos jurídicos personales (fidelidad, cohabitación, mandato doméstico, etc.) ni patrimoniales como régimen económico del matrimonio. Los actos jurídicos que se llevan a cabo con anterioridad a la celebración del matrimonio se enmarcan en una situación prefamiliar, pero no pasan las fronteras del de familia aun cuando tales actos tengan como fin la constitución de la familia e incluso algunos sólo tengan razón de ser con relación a ese fin (por ejemplo, otorgamiento de capitulaciones prematrimoniales, no llegando a celebrarse después del matrimonio)*”.

<sup>94</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262: “*En función de estos elementos, podría sostenerse que el objetivo de política legislativa de las normas materiales del Derecho español es el de proteger a la parte por el hecho de esa ruptura sin justa causa, tras haber iniciado los actos preparatorios del matrimonio. Y la protección se concreta en la posibilidad de un resarcimiento del daño patrimonial ocasionado por el incumplimiento de la promesa. Los intereses de la parte lesionada, de este modo, aparecen como dominantes. Por ello, en la perspectiva del Derecho internacional privado debe descartarse una construcción analógica con el régimen matrimonial, que responde a objetivos e intereses distintos. La solución adecuada desde este planteamiento sería estar a la ley de la residencia habitual de la parte perjudicada por la ruptura. La sustitución de la ley nacional (conexión de base en nuestro sistema) por la residencia habitual se justifica en atención que ésta expresa la conexión directa de la víctima con su medio social, que es donde se han manifestado los efectos de la ruptura injustificada y donde, de ordinario, se han sufrido los daños cuyo resarcimiento cabe exigir*”.

<sup>95</sup> P. MANKOWSKI, “Art. 1 Rome II Regulation”, en U. Magnus / P. Mankowski (Eds.), *Rome II Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, pp. 56-129, esp. p. 95: “*Mere engagements intended to lead to future marriage between the now 'fiancées' are sometimes regarded as being covered by [Article 1] (2) (a).*”

En cuarto término, el hecho de que la promesa de matrimonio se regule en ciertos códigos civiles nacionales, como el italiano y el español, en la parte de dichos códigos dedicada al matrimonio, no dice nada en concreto ni definitivo sobre la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonios, como han subrayado G. BALLADORE PALLIERI y J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE<sup>96</sup>.

En quinto lugar, debe destacarse con especial énfasis que las reclamaciones judiciales por ruptura de la promesa de matrimonio tiene como objeto la recuperación de los gastos hechos en vistas de un matrimonio que no se celebra. No es la ruptura de la promesa lo que hace surgir la responsabilidad civil, enfatiza A. WEILL, sino los gastos efectuados por razón de un matrimonio que no se celebró a pesar de que existía una previa promesa de matrimonio<sup>97</sup>.

En sexto lugar, las materias excluidas del Reglamento Roma I, Roma II y Bruselas I-bis II deben interpretarse de forma restrictiva. Con ello se potencia el efecto útil de estos reglamentos. De este modo, al no estar expresamente contemplada la exclusión de tales reglamentos de la promesa de matrimonio, debe afirmarse que los daños contractuales o extracontractuales sufridos tras una ruptura de la promesa de matrimonio están incluidos en los reglamentos europeos citados. Queda por ver, de todos modos, si las reclamaciones por gastos efectuados tras la ruptura de la promesa de matrimonio presentan carácter contractual o extracontractual. En el primer caso, sería aplicable el Reglamento Roma I. En el segundo, sería aplicable lo es el Reglamento Roma II.

**55.** Puede, pues afirmarse, que desde el punto de vista del Derecho europeo, las relaciones entre novios y prometidos formalizadas en una promesa de matrimonio no son “relaciones de familia”. Por tanto, los reglamentos europeos Roma I y Roma II citados anteriormente no excluyen las reclamaciones entre los ex-prometidos. Por tanto, si surgen obligaciones extracontractuales entre tales sujetos, por ejemplo, por daños que uno causa a otro, el Reglamento Roma II es aplicable. Si se estima que la promesa de matrimonio es un contrato, entonces las reclamaciones entre los ex-prometidos se regularán por el Reglamento Roma I.

#### e) Calificación propia: *the proper law*

**56.** Por otro lado, ciertos autores, como es el caso, significativamente, del jurista alemán L. RAAPE, han considerado que la promesa de matrimonio no puede calificarse ni como contrato, ni como obligación extracontractual ni como relación de familia ni como cuestión relativa a la persona<sup>98</sup>. Existe, se dice, una laguna calificatoria. De ese modo, ante la ausencia de una norma de conflicto europea y nacional de los Estados miembros que pueda aplicarse para determinar la Ley aplicable a la promesa de matrimonio, se debe recurrir a los principios generales del Derecho internacional privado y en concreto al principio de los vínculos más estrechos. Si se acepta esta perspectiva, entonces la Ley aplicable a la promesa de matrimonio debe ser, indica con su habitual brillantez E. RABEL, la Ley del país más

---

*Yet it appears hardly conceivable that engagements really carry a regime of common property between the fiancées. If and insofar as non-registered partnerships in general carry such regime under their respective applicable law it appears unnecessary to refer to the engagement as some kind of specific sub-type*”. En el mismo sentido, también, J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 088-116, esp. p. 94.

<sup>96</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1950: “*Avverto preliminarmente che non tratto a questo proposito degli sponsali, poiché, malgrado la collocazione di questi nel codice tra gli istituti familiari, malgrado l’assenso della pressoché unanime dottrina e giurisprudenza, non mi sembra che questa qualificazione si possa accogliere ai fini del diritto internazionale privato*”; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 088-116, esp. p. 94: “... *los esponsales aun cuando ubicados en el Código Civil dentro del «matrimonio» y, por consiguiente, del Derecho de familia, se desplazan claramente del mismo. La «colocación» de una institución dentro del CC puede ser guía para lograr su calificación, pero no siempre resulta regla invariable*”.

<sup>97</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24.

<sup>98</sup> R. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5th ed., Berlin - Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 1961. pp. 266-274.

estrechamente conectado con la misma, que habría que concretar caso por caso, con atención a las circunstancias concretas de cada supuesto específico, sin que se puedan ofrecer puntos de conexión fijos *a priori* para determinar cuál es el país más vinculado<sup>99</sup>.

57. Algunos autores, en este sentido, han defendido la aplicación de la Ley nacional de la persona víctima de la ruptura de la promesa, puesto que la reputación de dicha persona y sus expectativas razonables de matrimonio son los elementos en mayor medida dañados por la rotura de la promesa de matrimonio. Es ésta la solución propuesta por P.H. NEUHAUS<sup>100</sup>. En la misma perspectiva, pero en favor de la Ley del lugar de residencia habitual de la víctima se manifestó F. VISCHER, que estimaba que el daño principal derivado de esta ruptura se producía en dicho país<sup>101</sup>. En igual sentido se pronuncia L. RAAPE<sup>102</sup>.

## f) Calificación extracontractual

58. Queda, así, por dilucidar si la ruptura de la promesa de matrimonio y de los esponsales puede y/o debe calificarse como una cuestión en materia contractual o extracontractual. Para ello es preciso tener presente el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” o “responsabilidad extracontractual” propio del Derecho europeo.

59. En Derecho internacional privado europeo, el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” o “responsabilidad extracontractual” debe definirse de forma autónoma. Se trata de un concepto jurídico europeo que debe concretarse a los efectos del Reglamento Bruselas I-bis y Reglamento Roma II, y con arreglo a criterios hermenéuticos propios del DIPr. europeo, esto es, según el sistema y a los objetivos de dichos Reglamentos. No deben tenerse presentes las definiciones del concepto “materia delictual o cuasidelictual” contenidas en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Así lo ha indicado el TJUE en constante, sólida y abundante jurisprudencia<sup>103</sup>.

60. En general, puede afirmarse que el TJUE ha indicado que el concepto de “materia delictual o cuasi delictual” es muy extenso. Comprende toda obligación que no surge de una relación jurídica li-

<sup>99</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, p. 221: “It would be preferable for the conflicts rule to be free from interfering substantive law; the rule should simply refer the rights and obligations flowing from an engagement to the law of the place regarded under the circumstances as the center of the social relation between the parties at the time of engagement”.

<sup>100</sup> P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tübingen, 1976, esp. p. 126.

<sup>101</sup> *Apud* E. VITTA, *Diritto internazionale privato* vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. p. 169 nota [8] y *apud* J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 88-116, esp. pp. 91-95.

<sup>102</sup> R. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5th ed., Berlin - Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 1961. pp. 266-274. La solución propuesta por L. RAAPE es comentada por J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Formación del matrimonio y estados del vínculo en el Derecho civil internacional español”, en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense. Madrid, 1982, pp. 121-129, esp. p. 126. En el mismo sentido indica W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed.Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229, que: “L. RAAPE, en Alemania, aplica la ley que se aplica a los efectos de un contrato (...) a favor de la ley domiciliaria de la víctima”.

<sup>103</sup> STJUE 24 noviembre 2020, C-59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG vs. Booking.com BV*, [ECLI:EU:C:2020:950], FD 25; STJUE 12 septiembre 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* [ECLI:EU:C:2018:701], FD 19; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence SARL vs. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl* [ECLI:EU:C:2016:976], FD 25; STJUE 14 julio 2016, C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*. [ECLI:EU:C:2016:559], FD 19-20; STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding BV vs. Michael Tétéault Schilling*, [ECLI:EU:C:2016:449], FD 24; STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH vs. Amazon* [ECLI:EU:C:2016:286], FD 29; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc, Recopilación*, 1995, p. I-2719, [ECLI:EU:C:1995:289] STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc*. [ECLI:EU:C:2015:37], FD 43; STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited, Recopilación*, 2011, p. I-10269. [ECLI:EU:C:2011:685], FD 38; STJCE 22 marzo 1983, 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, Recueil*, 1983, pp. 987-1012. [ECLI:EU:C:1983:87], FD 17.

brememente asumida por una parte, es decir, toda pretensión con la que se exija la responsabilidad jurídica de un demandado y que no esté cubierta por la “materia contractual” regulada en el art. 7.1 RB I-bis<sup>104</sup>

**61.** Importante resulta subrayar que la calificación de una relación jurídica como “contractual” o “extracontractual” es, según el TJUE, excluyente. Si se trata de materia contractual no puede ser al mismo tiempo materia extracontractual y viceversa (STJUE 24 noviembre 2020, C-59/19, *Wikingerhof*, FD 26 *in fine*). Si el demandante basa su demanda contra el demandado en las estipulaciones de un contrato que ambos han firmado, la acción será “contractual”. Si se basa en disposiciones legales y no en un contrato, la acción será “delictual / extracontractual”<sup>105</sup>.

**62.** Para el Derecho de la UE, la diferencia entre la materia contractual y la materia delictual o cuasidelictual es clara: la materia debe ser calificada como “contractual” cuando la obligación surge de la voluntad de una persona que ha consentido libremente en obligarse a dar, hacer o no hacer algo frente a otra parte. Frente a ello, la materia es “delictual o cuasi-delictual” / “extracontractual” cuando la obligación nace de la Ley, que impone a un sujeto el deber legal de dar, hacer o no hacer alguna cosa, con independencia e incluso en contra de la voluntad del sujeto obligado, como ha declarado el TJUE<sup>106</sup>. En consecuencia, el concepto de “obligaciones extracontractuales” cubre todas las obligaciones que surgen directamente de la Ley y no de la voluntad de una persona ni tampoco de una relación jurídica previa entre dos sujetos, como la filiación, el matrimonio, la tutela, etc.

**63.** Las reclamaciones surgidas por la ruptura de una promesa de matrimonio deben ser calificadas como reclamaciones en materia extracontractual. Esta tesis parece ser la más solvente a la luz del Derecho europeo y ha sido sostenida desde hace ya años por numerosos especialistas.

Es una tesis francesa, pues la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia de ese país, estimaron que estas reclamaciones debían ser calificadas como casos de responsabilidad extracontractual. Así puede verse en los escritos de A. WEILL, P. BOUREL, J.-P. NIBOYET, H. BATIFFOL, entre otros muchos expertos jurídicos franceses<sup>107</sup>. En general, en Francia la jurisprudencia se manifestó en favor de una

<sup>104</sup> STJUE 24 noviembre 2020, C-59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG vs. Booking.com BV*, [ECLI:EU:C:2020:950], FD 23; STJUE 12 septiembre 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* [ECLI:EU:C:2018:701], FD 19; STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB vs. Frank Koot, Evergreen Investments BV*. [ECLI:EU:C:2013:490], FD 32; STJUE 15 noviembre 2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG, ERGO Versicherung AG, Versicherungskammer Bayern-Versicherungsanstalt des öffentlichen Rechts, Nürnberger Allgemeine Versicherungs-AG, Kronos AG vs. Samskip GmbH*. [ECLI:EU:C:2012:719], FD 45; STJUE 28 julio 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation vs. Amazon EU Sàrl* [ECLI:EU:C:2016:612], FD 37.

<sup>105</sup> STJUE 24 noviembre 2020, C-59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG vs. Booking.com BV*, [ECLI:EU:C:2020:950], FD 26: “Por lo que respecta, en primer lugar, a la sistemática del Reglamento n. 1215/2012, este se basa en la regla general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, mientras que las reglas de competencia especial previstas en particular en su artículo 7 constituyen excepciones a esa regla general y, en cuanto tales, deben interpretarse en sentido estricto (...) y son mutuamente excluyentes en la aplicación de ese Reglamento”.

<sup>106</sup> STJCE 22 marzo 1983, 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, Recueil, 1983, pp. 987-1012. [ECLI:EU:C:1983:87]; STJCE 27 septiembre 1988, 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*, Recopilación, 1988, pp. 5565-5588 [ECLI:EU:C:1988:459]; STJCE 10 enero 1990, C-115/88, *Reichert vs. Dresdner Bank [I]*, Recopilación, 1990, pp. 27-44. [ECLI:EU:C:1990:3]; STJCE 26 marzo 1992, C-261/90, *Reichert vs. Dresdner Bank [II]*, Recopilación, 1992, pp. 2149-2186. [ECLI:EU:C:1992:149]; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc*, Recopilación, 1995, p. I-2719. [ECLI:EU:C:1995:289]; STJCE 19 mayo 1998, C-351/96, *Drouot assurances SA vs. Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites), Protea assurance, Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne*, Recopilación, 1998, p. I-3075. [ECLI:EU:C:1998:509]; STJCE 11 julio 2002, 96/00, *Rudolf Gabriel*, Recopilación, 2002, p. I-6367. [ECLI:EU:C:2002:436]; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Recopilación, 2002, p. I-07357. [ECLI:EU:C:2002:499]; STJUE 17 octubre 2013, C-519/12, *OTP Bank Nyilvánosán Működő Részvénytársaság vs. Hochtief Solution AG*, [ECLI:EU:C:2013:674], FD 26; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc*. [ECLI:EU:C:2015:37], FD 40-41; STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding BV vs. Michael Tétéreault Schilling*, [ECLI:EU:C:2016:449], FD 24.

<sup>107</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, p. 135; A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakakis), vol.II, 1969, pp. 22-24; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, LGDJ, 1961, pp. 117-120; J. DERRUPÉ / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, Dalloz, 16<sup>a</sup> ed., 2008, pp. 138-139: «Les fiançailles, spécialement pour ce qui touche la réparation de leur rupture

calificación extracontractual y, en consecuencia, defendió la aplicación de la Ley del lugar donde ha ocurrido el hecho ilícito, hecho del que deriva la obligación de reparar los daños causados<sup>108</sup>.

En la doctrina italiana apoyó esta calificación, solitariamente, G. BALLADORE-PALLIERI<sup>109</sup>. Es curioso señalar que en un caso aislado fallado por los tribunales italianos, -y ello a pesar de que casi toda la doctrina de dicho país defendiera una calificación familiar de estas reclamaciones y la aplicación de la Ley nacional de las partes-, una sentencia del tribunale di Sondrio (Italia) de 21 febrero 1953, *Moser vs. Sironi* optó por la tesis francesa, esto es, por la calificación extracontractual<sup>110</sup>. Se trataba de una promesa de matrimonio realizada por un ciudadano italiano a su novia suiza. Ante la ruptura de tal promesa, la ciudadana suiza reclamó una indemnización. El *tribunale di Sondrio* (Italia) aplicó el Derecho suizo, pues la ruptura de la promesa se calificó como un hecho ilícito que generaba responsabilidad civil extracontractual y el tribunal estimó que tal hecho ilícito había tenido lugar en Suiza: *lex loci actus*.

En la doctrina española fue J.D. GONZÁLEZ CAMPOS el defensor de esta tesis extracontractual, al que siguió J.M. ESPINAR VICENTE<sup>111</sup>. De modo perspicaz y brillante, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, aun sin

---

*fautive, relèvent du statut des faits juridiques»; F. MÉLIN, Droit international privé: droit des conflits de juridictions, droit des conflits de lois, droit de la nationalité, condition des étrangers en France, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2018, p. 156: «Les quelques décisions qui sont intervenues en ce domaine penchent plutôt pour une extension de la qualification utilisée en matière interne. Les fiançailles sont dépourvues d'effet juridique autonome et ne sont appréhendées par le droit qu'en cas de rupture fautive. On peut donc estimer que les fiançailles doivent relever de la règle de conflit applicable en matière délictuelle»; P. COURBÉ, Droit international privé, Colin-Dalloz, Paris, 2007, p. 225: «Il faut noter, au préalable, que les fiançailles ou le concubinage, qui n'ont pas généré encore de contentieux abondant dans les relations internationales, sont rattachés à la responsabilité délictuelle»; D. BUREAU / H. MUIR WATT, Droit international privé, Tome II Partie spéciale, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, p. 114: «On mettra de côté les fiançailles, que le droit français exclut de la catégorie du statut personnel au nom de la liberté du mariage pour en assortir la rupture d'un rattachement délictuel»; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 391, n. 288: «S'appuyant sur les données du droit interne, la tendance de la doctrine française est d'intégrer la matière dans la catégorie des obligations délictuelles. La jurisprudence bien que rare, paraît également favorable à ce point de vue. Sans doute conviendrait-il, tout en maintenant le principe de la *lex loci delicti commissi*, d'aménager le rattachement proposé en tenant compte du caractère particulier relations entre fauteur de la rupture de fiançailles et sa victime»; B. AUDIT, Droit international privé, 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2006, p. 514: «Mais la conception française interne n'attache aux fiançailles aucune obligation de contracter mariage et la promesse ne crée aucun embryon de famille de nature à justifier pleinement la qualification de statut personnel. Aussi peut-on également rapprocher la rupture des fiançailles du statut délictuel, la loi applicable étant alors celle du lieu de la rupture fautive»; E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 217: «The majority of the countries following the French system, consider liability for breach of promise to marry to pertain to tort law. Consequently, in conflicts cases the law of the place of the wrong is held to be applicable, but no clear rules exist for the determination of the place of the wrong in such instances». Aunque no comparten esta calificación extracontractual, admiten que se trata de la tendencia dominante en la doctrina francesa P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, n. 548: «Un mot cependant doit d'abord être dit de la question des fiançailles: quelle loi détermine leur force obligatoire, la sanction de leur rupture? La tendance dominante, qui prend pot base les solutions du droit interne français, voit dans la rupture fautive des fiançailles la source d'une responsabilité quasi délictuelle, soumise à la loi du lieu de la rupture...».*

<sup>108</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.II, 7ª ed., LGDJ, Paris, 1983, n. 415 nota 4 bis, pp. 39-40: «La soumission du consentement à la loi personnelle inclut-elle la valeur juridique éventuelle des fiançailles? La réponse affirmative est naturelle dans les pays qui, avec la tradition canonique, admettent cette valeur; dans ceux qui comme la France, ne voient qu'une possibilité de dommages intérêts pour faute délictuelle dans la rupture, la tendance est d'appliquer la loi du lieu du délit». También J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Celebración del matrimonio», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 088-116, esp. p. 94.

<sup>109</sup> Paladín único de esta calificación en la doctrina italiana fue el singular G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», Giuffrè, Milano, 1974, p. 174.

<sup>110</sup> Sentencia Tribunale di Sondrio (Italia) 21 febrero 1953, *Moser vs. Sironi*, *Il Foro italiano*, 1954, p. 408. También en *Rivista di diritto internazionale*, 1954, pp. 613-619 con nota de F. DURANTE. Vid. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 93-94. Muy bien comentada también por E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. p. 169.

<sup>111</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «El matrimonio en el Derecho civil internacional», en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262: «En función de estos elementos, podría sostenerse que el objetivo de política legislativa de las normas materiales del Derecho español es el de proteger a la parte por el hecho de esa ruptura sin justa causa, tras haber iniciado los actos preparatorios del matrimonio. Y la protección se concreta en la posibilidad de un resarcimiento del daño patrimonial ocasionado por el incumplimiento de la promesa. Los intereses de la parte lesionada, de este modo, aparecen como dominantes. Por ello, en la perspectiva del Derecho internacional privado debe descartarse una construcción analógica con el régimen matrimonial, que

afirmarlo de modo expreso, califica la promesa de matrimonio como un caso especial de responsabilidad civil extracontractual que debe sujetarse a la Ley del país donde la ruptura de la promesa de matrimonio produce el daño. Se puede considerar que dicho daño se produce en el país de la residencia habitual de la víctima de la ruptura de la promesa. Dicho país corresponde al medio social de la víctima, donde normalmente se han realizados los gastos a indemnizar. Es la *Lex loci commissi delicti*, la Ley del país donde ha ocurrido el hecho ilícito extracontractual<sup>112</sup>.

**64.** Desde el punto de vista del Derecho internacional privado europeo se impone, la tesis extracontractual y ello por varios motivos.

En primer lugar, cabe afirmar que la obligación de resarcir los gastos efectuados en vista del matrimonio que no se ha llegado a celebrar y en presencia de una promesa de matrimonio deriva directamente de la Ley y no de la voluntad libre de una persona. En estos casos, nadie se obliga previa y voluntariamente a indemnizar los gastos realizados *propter nuptias*. Es la Ley la que impone dicha obligación cuando: (a) se incumple la promesa de matrimonio (= que, en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos, no puede ser obligada a cumplirse en sí misma), (b) la parte que no ha incumplido su promesa de contraer matrimonio ha efectuado ciertos gastos en vistas a un matrimonio que no se celebró y (c) la no celebración del matrimonio se produce sin una causa. Por tanto, esta obligación de reembolsar los gastos nace directamente de la Ley y protege la confianza de la persona en el acuerdo de contraer matrimonio. En consecuencia, la Ley impone la obligación de indemnizar los daños causados cuando un sujeto ha roto su promesa de matrimonio sin causa o con culpa. Es, pues, claro, indican A. WEILL y H. BATIFFOL, que la obligación de indemnizar los gastos realizados *propter nuptias* tras una promesa de matrimonio presenta una naturaleza extracontractual<sup>113</sup>. No deriva de un compromiso libremente asumido por una persona ni de un contrato incumplido. No se basa en los derechos y deberes de familia ni forma parte del régimen económico matrimonial o para matrimonial.

En segundo lugar, como ha indicado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, la regulación jurídica de la inmensa mayoría de las Leyes de los distintos en relación con la ruptura de esponsales y de la promesa de matrimonio, se limita a la posibilidad de un resarcimiento de los gastos efectuados por la víctima en razón del matrimonio proyectado y no celebrado. La acción que se ejercita no apunta al cumplimiento de la promesa de matrimonio sino a la recuperación de los gastos realizados en vistas de un matrimonio prometido. Se trata de una reclamación económica de carácter resarcitorio y que se funda en la ley, porque la ley recoge la posibilidad de accionar en este caso<sup>114</sup>.

En tercer lugar, y de nuevo con J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, la promesa de matrimonio debe calificarse como un supuesto concreto de Derecho de daños porque el objetivo de política legislativa de las normas materiales radica en proteger la confianza de la parte víctima de la ruptura de la promesa. Dicha persona ha realizado gastos en consideración al matrimonio y los ha realizado porque ha confiado en la promesa recibida, promesa que posteriormente se ha desvanecido. Por tanto, “*los intereses de la parte lesionada, de este modo, aparecen como dominantes*”. En consecuencia, no procede una calificación familiar de la ruptura de la promesa de matrimonio sino una calificación que gira en torno a la idea de “reparación del daño”. Un daño que se verifica al margen de las relaciones de familia y al margen de todo contrato.

---

*responde a objetivos e intereses distintos. La solución adecuada desde este planteamiento sería estar a la ley de la residencia habitual de la parte perjudicada por la ruptura. La sustitución de la ley nacional (conexión de base en nuestro sistema) por la residencia habitual se justifica en atención que ésta expresa la conexión directa de la víctima con su medio social, que es donde se han manifestado los efectos de la ruptura injustificada y donde, de ordinario, se han sufrido los daños cuyo resarcimiento cabe exigir”. Vid., en el mismo sentido, J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 110-111.*

<sup>112</sup> Vid. nota anterior.

<sup>113</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 1956, p. 35.

<sup>114</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262: “... el efecto exclusivo que el Código civil considera relevante en el supuesto de ruptura de esponsales sin causa es la posibilidad de un «resarcimiento de gastos» efectuados por la otra parte con razón del matrimonio (art. 44 Código civil)”.

65. Por todo lo anterior, puede afirmarse que la obligación de resarcir tales daños a la víctima en casos de gastos realizados en vistas de un matrimonio que no se celebra tras la ruptura de una promesa de matrimonio, deriva de la ley y no de la voluntad de una persona. Por tanto, la calificación extracontractual debe prevalecer en Derecho internacional privado europeo. En consecuencia, la determinación de los tribunales competentes se realizará con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis y la precisión de la Ley estatal que regula el fondo de la reclamación se regirá por la Ley determinada con arreglo al Reglamento Roma II, como ha subrayado O. BOSKOVIC<sup>115</sup>.

### III. Competencia judicial internacional

#### 1. Reglamento Bruselas I-bis y responsabilidad extracontractual

66. La competencia judicial internacional de los jueces españoles en relación con las reclamaciones por los gastos realizados y las obligaciones contraídas en razón de matrimonio cuando se ha roto un promesa de matrimonio, se determina con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis. En efecto, la ruptura de la promesa de matrimonio origina, como se ha indicado, una responsabilidad extracontractual por esos gastos realizados y otros daños, esto es, una responsabilidad que no deriva de contrato ni tampoco de ninguna otra institución legal concreta, como el matrimonio. En los casos no cubiertos por el Reglamento Bruselas I-bis, -casos residuales que se verifican, por ejemplo, cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado no miembro de la UE-, se aplican, en España, los foros recogidos en el art. 22 LOPJ.

#### 2. Foros de competencia internacional

##### A) Foros generales: sumisión y domicilio del demandado

67. En el contexto del Reglamento Bruselas I-bis, el Capítulo II del mismo recoge los foros de competencia internacional que deben considerarse en casos de reclamaciones de daños por ruptura de la promesa de matrimonio (arts. 2-35 RB I-bis). Los tribunales de los Estados miembros en el Reglamento Bruselas I-bis se declararán competentes siempre que les otorgue competencia judicial internacional uno de los siguientes foros recogidos en el reglamento citado.

En primer lugar, el foro de la “sumisión expresa o tácita de las partes” al tribunal (arts. 25 y 26 RB I-bis). Es competente el tribunal de un Estado miembro al que las partes en la litis se hayan sometido voluntariamente de modo expreso o tácito. En el caso de existir dicho acuerdo, ningún otro tribunal de ningún otro Estado miembro puede conocer del litigio. La competencia por sumisión se convierte en una competencia única.

En segundo lugar, disponen también de competencia internacional los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio (art. 4 RB I-bis).

En tercer lugar, disponen también de competencia internacional los tribunales del Estado miembro donde se haya verificado el hecho dañoso (art. 7.2 RB I-bis).

Estos dos foros son alternativos entre sí. El demandante elige cuál emplear. Indica el Cons. 16 RB I-bis que “[e]l foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia”. Así lo confirma la STJCE 25 febrero 2010, C-381/08, *Car Trim*, FD 48<sup>116</sup>. En suma, los “foros especiales por razón de la materia” y el “foro del domicilio del demandado”

<sup>115</sup> O. BOSKOVIC, “Règlement Rome II”, *Répertoire Dalloz Droit international*, 2ª ed., septiembre 2010; O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003, París, 2003, pp. 11-19.

<sup>116</sup> STJUE 25 febrero 2010, C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl.*, Recopilación, 2010, p. I-1255 [ECLI:EU:C:2010:90], FD 48: “Constituye jurisprudencia reiterada que la regla de competencia especial en materia contractual prevista en el artículo 5, número 1, del Reglamento, que completa la regla de principio de la competencia del foro del

operan de modo alternativo. El actor puede accionar contra el demandado ante cualquiera de estos dos foros, como reitera la jurisprudencia europea y española<sup>117</sup>.

## B) Foro del lugar donde ha ocurrido el hecho dañoso

### a) Teoría de la ubicuidad

68. En estos casos, el hecho dañoso se presenta de modo articulado del siguiente modo: (a) Promesa de matrimonio; (b) Ruptura de la promesa de matrimonio; (c) Daño emocional o moral y daño económico producido por dicha ruptura. Es claro que el daño es el perjuicio, emocional y/o patrimonial, que experimenta la víctima. Muchas más dificultades suscita la determinación del hecho causal del daño. Para identificar cuál es el hecho causal del daño, deben tenerse presentes varios aspectos relativos a la estructura interna de este ilícito civil.

Primero. Las normas jurídicas que regulan la responsabilidad del sujeto que incumple su promesa protegen la confianza que dicha promesa ha suscitado en la otra persona. Por tanto el elemento primordial para identificar el hecho causal del daño debe girar en torno a la confianza de la víctima

Segundo. La confianza de la víctima se protege ante una posible quiebra de la misma. Si dicha confianza se ve frustrada, -porque se confía en una declaración de voluntad que resulta fallida-, entonces surge la responsabilidad civil. Por tanto, el hecho causal del daño gira en torno a la quiebra de tal confianza. Es, en efecto, la fractura de dicha confianza la que hace que el daño se materialice. Si existe promesa de matrimonio y gastos posteriores realizados por parte de uno de los prometidos en consideración al matrimonio, entonces no hay daño ni responsabilidad.

Tercero. La confianza se crea con la promesa matrimonial. Ésta es una afirmación solemne de una persona, no una mera declaración de intenciones o deseos. Por eso se crea la confianza, porque la declaración de querer contraer matrimonio es seria, firme, sólida: es una promesa. No es la simple mera negativa a contraer matrimonio lo que genera el daño, sino la ruptura de una promesa de matrimonio.

Cuarto. Como se verá seguidamente, la ruptura de la promesa matrimonial puede tener lugar, a su vez en dos fases diferentes. En primer lugar, la promesa se formula, esto es, se hace evidente, se escribe o se pronuncia y se plasma de alguna manera en un concreto país. Por ejemplo, el prometido escribe una carta, un e-mail o graba un audio. En segundo lugar, la declaración de ruptura se envía y se recibe en otro lugar, donde la otra parte recibe y conoce el contenido del mensaje, el país donde la víctima es consciente de la ruptura.

En consecuencia, parece claro que la ruptura de la promesa de matrimonio es el elemento que desencadena un daño que se materializa posteriormente y que recae sobre una persona, la víctima. La ruptura de la promesa de matrimonio rompe la confianza de la víctima y es lo que le causa el daño. En conclusión, en estos casos, el lugar donde ha ocurrido el hecho causal del daño es aquél en el que la promesa se ha roto. Es éste el elemento inicial del ilícito, porque sin ruptura de la promesa no hay daños ni hay tampoco indemnización posible. El hecho causal no es la promesa, pues una promesa de matrimonio no genera daños. El hecho causal es la ruptura de la promesa de matrimonio. Dicha ruptura es la que causa los daños.

69. En estos supuestos, la promesa puede haberse realizado o formalizado en un país determinado (= donde se hace contar por escrito, por ejemplo), puede romperse en otro país distinto (= país desde donde se escribe una carta o e-mail o desde el que se envía un audio en el que una persona declara que

---

*domicilio del demandado, responde a un objetivo de proximidad y viene motivada por la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo*”.

<sup>117</sup> Vid. en este sentido, entre otros muchos pronunciamientos, STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks sp. z o.o. vs. Azteca Products & Services, S.L.*, [ECLI:EU:C:2018:805], FD 36; Auto J Mercantil Madrid 23 abril 2019 [JUR\2019\136573] [transporte terrestre]; AAP Madrid 27 junio 2012 [contrato internacional de concesión de venta y postventa de vehículos holandeses] [CENDOJ 28079370212012200196], como ha expuesto J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-is 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112-138.

no va a contraer el matrimonio proyectado) y puede recibirse en otro (= país donde la otra persona tiene acceso al mensaje, carta, mail, audio en el que se indica que la promesa va a quedar en promesa y no se va a celebrar el matrimonio). La promesa, además, puede romperse sin declaración previa. Los actos mismos de la persona confirman que no tiene intención alguna de contraer el matrimonio que antes había prometido contraer. Debido a esta estructura del hecho ilícito, estos casos de reclamaciones por los gastos realizados con vistas de un matrimonio previa ruptura de una promesa matrimonial suelen constituir “ilícitos a distancia”: el hecho causal del perjuicio se verifica en un país y el daño ocurre en otro Estado. Ello obliga a precisar cuál es, en tales supuestos, el lugar donde ha ocurrido el “hecho dañoso”, esto es, el lugar donde se ha verificado la ruptura de la promesa de matrimonio<sup>118</sup>.

**70.** A tal efecto, el TJUE ha seguido la hiper-famosa “tesis de la ubicuidad” (*Principle of Ubiquity*). Indica, así, el TJUE que, en los casos de ilícitos a distancia, el “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el “hecho causal”, como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el “resultado lesivo” o el “daño”. La tesis fue creada por el TJUE en la fundamental STJCE 30 noviembre 1976, 21/76, *Mines de Potasse d’Alsace*. La tesis ha sido posteriormente corroborada por numerosa jurisprudencia<sup>119</sup>. Su fundamento básico es la idea de previsibilidad del tribunal competente para las partes. En efecto, tanto demandante como demandado pueden razonablemente prever que el tribunal del lugar del hecho causal y el tribunal del lugar del daño se encuentran en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio consecuencia de un ilícito a distancia. Este foro dual es previsible para las partes y así lo subraya el TJUE<sup>120</sup>. Más de cuarenta

<sup>118</sup> R.H. WEBB / D.J. LATHAM BROWN, “Engagements to Marry and the Conflict of Laws”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, n. 4, 1966, pp. 947-995.

<sup>119</sup> *Vid.* STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *Torline*, *Recopilación*, 2004, p. I-1441 [ECLI:EU:C:2004:74]; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Rudolf Kronhofer*, *Recopilación*, 2004, p. I-6022. [ECLI:EU:C:2004:364]; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, *Recopilación*, 2009, p. I-6917. [ECLI:EU:C:2009:475]; STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate*, *Recopilación*, 2011, p. I-10269 [ECLI:EU:C:2011:685] FD 52; STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger* [ECLI:EU:C:2012:220] FD 19; STJUE 25 octubre 2012, C-133/11, *Folien Fischer* [ECLI:EU:C:2012:664] FD 39; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer* [ECLI:EU:C:2013:305] FD 25; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Peter Pinckney* [ECLI:EU:C:2013:635] FD 26; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Andreas Kainz*. [ECLI:EU:C:2014:7] FD 23; STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel* [ECLI:EU:C:2014:215] FD 27; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany* [ECLI:EU:C:2014:1318] FD 46; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Pez Hejduk* [ECLI:EU:C:2015:28] FD 18; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa* [ECLI:EU:C:2015:37] FD 45; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims* [ECLI:EU:C:2015:335] FD 36-39; STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Ferho* [ECLI:EU:C:2015:574] FD 72; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence SARL vs. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl* [ECLI:EU:C:2016:976] FD 25; STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB*, [ECLI:EU:C:2017:766] FD 31-33; STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL* [ECLI:EU:C:2018:533] FD 28 y 46; STJUE 12 septiembre 2018, C-304/17, *Helga Löber* [ECLI:EU:C:2018:701] FD 22; STJUE 29 julio 2019, C-451/18, *Tibor-Trans* [ECLI:EU:C:2019:635] FD 25; STJUE 9 julio 2020, C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG* [ECLI:EU:C:2020:534] FD 23.

<sup>120</sup> *Vid.* STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Andreas Kainz* [ECLI:EU:C:2014:7] FD 24-28: “la atribución de competencia al tribunal del lugar de fabricación del producto de que se trate responde, por lo demás, a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia, en la medida en que tanto el fabricante demandado como la víctima demandada pueden razonablemente prever que ese tribunal estará en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio que implique, en particular, la comprobación de un defecto de tal producto”; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG* [ECLI:EU:C:2013:635] FD 27: “la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso”. También STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH vs. Amazon* [ECLI:EU:C:2016:286] FD 26; STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB vs. Frank Klot, Evergreen Investments BV*. [ECLI:EU:C:2013:490] FD 49-51; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer vs. MF Global UK Ltd.* [ECLI:EU:C:2013:305] FD 27; STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*. [ECLI:EU:C:2012:220] FD 32; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. vs. Presse Alliance S.A.*, *Recopilación*, 1995, pp. 415-466. [ECLI:EU:C:1995:61] FD 20-21; STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*, *Recopilación*, 2011, p. I-10269 [ECLI:EU:C:2011:685] FD 41.

años la contemplan: el TJUE sigue la teoría de la ubicuidad con romántica fidelidad a través del tiempo y del espacio, escribe J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>121</sup>.

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

72. La disociación del foro de competencia judicial internacional recogido en el art. 7.2 RB I-bis presenta un alcance objetivo asimétrico. Así, cuando se demanda ante el tribunal del Estado miembro que corresponde al lugar del hecho causal de un ilícito a distancia (art. 7.2 RB I-bis), dicho tribunal es competente para conocer de la responsabilidad por los daños producidos, en su caso, en todo el mundo (STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, FD 33)<sup>122</sup>. La explicación radica en que el hecho causal da origen a todos los daños que, posteriormente, se producen en otros países. Frente a ello, cuando, en el caso de un ilícito a distancia, se demanda ante el tribunal del Estado miembro que corresponde al lugar del daño, dicho tribunal es competente para conocer de la controversia relativa a los daños producidos, exclusivamente, en dicho país, en el país del daño, como precisa la STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Pez Hejduk vs. EnergieAgentur.NRW GmbH*, FD 36-37<sup>123</sup>. La explicación yace ahora en el hecho de que un tribunal está sólo correctamente situado para conocer de los daños ocurridos en el territorio del Estado al que pertenece.

## b) Precisión del lugar donde ha ocurrido el hecho causal

73. Como se ha indicado, el hecho causal del daño es la ruptura de la promesa de matrimonio. En los supuestos en los que la promesa se realiza en un lugar y se recibe en otro lugar, existen buenos argumentos para afirmar que el lugar donde al promesa se rompe es el primero, esto es, el territorio donde el sujeto declara no querer contraer el matrimonio proyectado. Se trata, pues, del lugar desde el que se envía la declaración de voluntad de no contraer matrimonio: es el lugar desde el que se envía la carta, el e-mail o el audio o vídeo en el que el sujeto manifiesta que no va a contraer matrimonio. En el caso de ruptura de la promesa por comportamientos evidentes del prometido, el lugar del hecho causal es aquél en el que los actos del sujeto ponen de manifiesto, en mayor medida, su voluntad de no contraer matrimonio<sup>124</sup>. En todos

<sup>121</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Distance torts: the Mines de Potasse decision forty years on”, *Yearbook of private international law*, 2016/2017, vol 18 pp. 19-38.

<sup>122</sup> STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. vs. Presse Alliance S.A.*, Recopilación, 1995, pp. 415-466 [ECLI:EU:C:1995:61] FD 32: „Si bien es cierto que la apreciación de los distintos aspectos de un mismo litigio por distintos órganos jurisdiccionales presenta inconvenientes, no obstante, el demandante siempre puede plantear todas sus pretensiones bien ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, bien ante el del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria”.

<sup>123</sup> STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Pez Hejduk vs. EnergieAgentur.NRW GmbH* [ECLI:EU:C:2015:28] FD 36: „No obstante (...) el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto en virtud del lugar de materialización del daño alegado sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio de ese Estado miembro (...)” y FD 37: „En efecto, los tribunales de los demás Estados miembros siguen siendo, en principio, competentes, en virtud del artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 y del principio de territorialidad, para conocer del daño causado a los derechos de autor y a los derechos afines a los derechos de autor en el territorio de su respectivo Estado miembro, habida cuenta de que están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado esos derechos garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado (...)”.

<sup>124</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp. 22-24.

estos supuestos, ese lugar debe ser previsible para la otra parte. Es decir, si el lugar desde el que se envía la ruptura de la promesa de matrimonio es puramente casual, anecdótico, fortuito, accidental (= promesa rota desde país de paso, desde país de vacaciones, etc.), no podrá operar este foro del hecho causal, porque dicho lugar se vuelve imprevisible para las partes, ya que depende circunstancias inciertas, dudosas, imprecisas. En cambio, este foro sí operará si el país desde el que se envía la ruptura de la promesa de matrimonio es el país de residencia habitual del prometido que rompe su promesa, o el país donde trabaja habitualmente, por ejemplo. Debe recordarse que el TJUE ha indicado que el art. 7.2 RB I-bis hace competente al tribunal del Estado miembro que corresponde al lugar donde se produce el daño pero siempre que dicho lugar sea “previsible” para las partes implicadas<sup>125</sup>. En ese dato, precisamente, radica la razonabilidad del foro, en que el lugar del hecho dañoso es “previsible” para las partes implicadas. Por eso está justificado litigar ante los tribunales de dicho Estado. En dicha línea, el TJUE subraya que el objetivo del Reglamento Bruselas I-bis consiste en “establecer atribuciones de competencia ciertas y previsibles”. Si concurren circunstancias azarosas que hacen imposible prever para las partes, cuál es el lugar donde se produce el hecho dañoso, éste ya no puede cumplir con su misión de designar de manera clara, directa y previsible, el tribunal competente. El foro, en dicha hipótesis, traiciona uno de los principios fundamentales del Reglamento: la previsibilidad de la competencia del tribunal que debe fallar el caso. En tal supuesto, esto es, si el foro atribuye competencia a un tribunal imprevisible para las partes, el TJUE ha descartado el foro del lugar del daño cuando dicho foro no permite designar, de modo previsible, el tribunal competente. Por ello el TJUE indica que “[e]n efecto, la determinación del órgano jurisdiccional competente dependería entonces de circunstancias inciertas (...)”. Ello es así porque sólo en el caso de que el foro sea verdaderamente “previsible”, el art. 7.2 RB I-bis cumple su función de proporcionar un foro en el que litigar sea posible a un coste reducido para actor y demandado. En diversa jurisprudencia el TJUE ha descartado toda interpretación del art. 7.2 RB I-bis que conduzca a un tribunal imprevisible para las partes. Por tanto, si el lugar del hecho causal o el lugar daño son “imprevisibles” para el demandado, el art. 7.2 RB I-bis debería someterse a una reducción teleológica y, en consecuencia, no debe aplicarse.

### c) Precisión del lugar donde se ha verificado el daño

**74.** En estos litigios se producen daños emocionales a la víctima y/o también perjuicios patrimoniales directos: se han gastado unas cantidades y/o se han contraído unas obligaciones en consideración al matrimonio prometido. El lugar del daño es aquél en el que se produce el “perjuicio material directo” para la “víctima directa”. Se trata de lugar en el que el acto generador despliega sus “efectos perjudiciales”, es decir, el lugar donde el perjuicio ocasionado se ha producido de forma concreta, precisa el TJUE<sup>126</sup>. En definitiva, el lugar donde se ha producido el daño es aquél “donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual haya ocasionado un daño” (STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, FD 21; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, FD 33)<sup>127</sup>.

**75.** Visto que la precisión del lugar del daño en los casos aquí examinados es necesaria también para determinar la Ley aplicable en el contexto del art. 4.1 del Reglamento Roma II, se remite *infra* al

<sup>125</sup> STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc*, Recopilación, 1995, p. I-2719. [ECLI:EU:C:1995:289] FD 19: “Por consiguiente, la interpretación del número 3 del artículo 5 del Convenio en función del régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable, tal como ha propuesto el Gobierno alemán, carece de fundamento. Por otra parte, dicha interpretación resulta incompatible con el objetivo del Convenio consistente en establecer atribuciones de competencia ciertas y previsibles (...). En efecto, la determinación del órgano jurisdiccional competente dependería entonces de circunstancias inciertas, tales como el lugar en donde el patrimonio de la víctima hubiera sufrido perjuicios sucesivos o el régimen de responsabilidad civil aplicable”.

<sup>126</sup> STJUE 12 septiembre 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* [ECLI:EU:C:2018:701] FD 23-24; STJUE 21 mayo 2015, C-352-/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide vs. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, S.A.* [ECLI:EU:C:2015:335] FD 52; STJCE 22 marzo 1983, 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, Recueil*, 1983, pp. 987-1012. [ECLI:EU:C:1983:87] FD 26-28.

<sup>127</sup> STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*. [ECLI:EU:C:2013:635]; STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*. [ECLI:EU:C:2012:220].

apartado correspondiente (IV, 2, C)<sup>128</sup>. Basta ahora indicar que en virtud del art. 7.2 RB I-bis, la víctima podrá demandar al presunto responsable, al “*fidanzato recalcitrante*”, ante los tribunales del Estado miembro donde tuvo lugar la ruptura de la promesa (= lugar del hecho causal) por todos los daños sufridos, y también, a su elección, ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio la víctima sufre el daño personal y/o perjuicio económico (= lugar del daño) pero sólo por los daños sufridos en dicho Estado<sup>129</sup>. Litigar ante los tribunales del lugar donde se han verificado los efectos principales de la ruptura de la promesa de matrimonio comporta una litigación eficiente en el plano transfronterizo, afirma J.R. REIDENBERG<sup>130</sup>. Además, la víctima puede también accionar ante los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio (art. 4 RB I-bis) por todos los daños sufridos.

#### IV. Ley aplicable a la ruptura de la promesa de matrimonio. Reglamento Roma II

##### 1. Responsabilidad extracontractual y aplicación del Reglamento Roma II

76. No existe ninguna norma de Derecho internacional privado europeo ni español que señale expresamente la Ley aplicable a la existencia de la promesa de matrimonio ni tampoco la Ley aplicable a los daños derivados de una ruptura de la misma. Sin embargo, como antes se ha indicado la obligación de pagar los daños a la víctima en casos de gastos realizados en vistas de un matrimonio que no se celebra tras la ruptura de una promesa de matrimonio, deriva de la ley y no de la voluntad de una persona. Por tanto, estas reclamaciones, cuando se verifican en casos internacionales, presentan carácter extracontractual, de modo que la determinación de la Ley estatal que regula el fondo de las mismas se debe realizar con arreglo al Reglamento Roma II, como ha indica O. BOSKOVIC<sup>131</sup>. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales (art. 3 RR-II). Sus normas de conflicto son *erga omnes*. En consecuencia, las normas de Derecho internacional privado nacionales de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II.

77. El sistema general para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (arts. 14 y 4 RR-II). En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del art. 14 RR-II. En segundo lugar, esto es, en defecto de Ley elegida en las condiciones del art. 14 RR-II, las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 RR-II). En tercer lugar, en defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independiente-

<sup>128</sup> Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

<sup>129</sup> Vid. STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB*, [ECLI:EU:C:2017:766] FD 31-33; STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate, Recopilación*, 2011, p. I-10269 [ECLI:EU:C:2011:685] FD 48 y 51; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*, [ECLI:EU:C:2013:635] FD 36; STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB*, [ECLI:EU:C:2017:766] FD 33; SAP Madrid 24 octubre 2011 [difamación contra víctima española residente en España realizada por Internet en lengua francesa y contenida en periódico digital marroquí] [ECLI:ES:APM:2011:13719].

<sup>130</sup> J.R. REIDENBERG, “The Yahoo Case and the International Democratization of the Internet”, *Fordham Law & Economics*, Research Paper No. 11, April 2001, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=267148> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.267148>.

<sup>131</sup> Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007). Vid. O. BOSKOVIC, “Règlement Rome II”, *Répertoire Dalloz Droit international*, 2ª ed., septiembre 2010; O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003, París, 2003, pp. 11-19.

mente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 RR-II).

No obstante, y salvo el caso en el que las partes hayan elegido la Ley aplicable con arreglo al art. 14 RR-II, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 ó 4.2 RR-II, se aplicará la ley de este otro país (art. 4.3 RR-II).

## 2. Primer punto de conexión. Ley elegida por las partes y promesa de matrimonio

78. Con arreglo al Reglamento Roma II, es aplicable en primer término la Ley que las partes elijan para regular las obligaciones extracontractuales (art. 14 RR-II). El acuerdo de elección de Ley debe ser “posterior al hecho generador del daño”, o bien si todas las partes implicadas desarrollan una actividad comercial, -que no es el caso-, el acuerdo de elección de Ley puede también haberse concluido antes del hecho generador del daño. La elección de Ley deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso. Esta elección de Ley no perjudicará los derechos de terceros. El legislador europeo no ha excluido la posibilidad de elección de la Ley aplicable en estos casos de ruptura de la promesa de matrimonio (arts. 6 y 8 RR-II *a contrario sensu*).

79. No será frecuente dicha elección de Ley, porque el estado habitual de las partes será de enfado mutuo y entonces será también difícil que las partes alcancen un acuerdo sobre la ley aplicable a los daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio. Aunque nunca se sabe. La Ley elegida por las partes es aquella que permite resolver el litigio extracontractual a un coste más reducido para las partes. Al colocar a la Ley elegida por las partes en la cúspide de la pirámide conflictual de las conexiones del Reglamento Roma II, se ha producido una *véritable révolution* en el Derecho internacional privado de varios Estados europeos, España incluida, antes hostiles a este punto de conexión en el sector de las obligaciones extracontractuales, como ha indicado O. BOSKOVIC<sup>132</sup>.

## 3. Segundo punto de conexión. Ley de la residencia habitual común de las partes y promesa de matrimonio

80. En defecto de elección de Ley por las partes, se aplicará la Ley del país de la común residencia habitual de las partes en el momento de la ruptura de la promesa de matrimonio (art. 4.2 RR-II). Este precepto señala que “cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”. Este punto de conexión contenido en el art. 4.2 RR-II se justifica porque el legislador europeo presupone que en el caso de que víctima y presunto responsable tengan su residencia habitual en el mismo Estado, la aplicación de la Ley de dicho Estado comporta, para las partes, costes conflictuales menores que los que les supondría la aplicación de la Ley del lugar donde se verifica el daño. Con otras palabras, puede afirmarse que el legislador europeo presupone que el país de la residencia habitual de las partes es el más vinculado con la situación jurídica y representa la “mayor proximidad” con el caso. La Ley de la residencia habitual común es la Ley que las partes están en situación mejor para conocer a un coste más reducido. La controversia, así, se resolverá del modo más eficiente para ambas partes, como apunta S. DNES<sup>133</sup>.

81. Gracias a este punto de conexión se evita la aplicación de la Ley del lugar donde se ha producido el daño en casos en los que aplicar dicha Ley supondría costes elevados para las partes, que

<sup>132</sup> O. BOSKOVIC, “Règlement Rome II”, *Répertoire Dalloz Droit international*, 2<sup>a</sup> ed., septiembre 2010, p. 4.

<sup>133</sup> S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

se hayan situadas en otro contexto legal muy diferente. Así, por ejemplo, la Ley aplicable a los daños derivados de la ruptura de una promesa de matrimonio que tiene lugar en Grecia durante un viaje romántico de una pareja que reside habitualmente en España debe ser la Ley española y no la Ley griega. Esta solución, apunta J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, responde a un fundamento económico<sup>134</sup>. Para estas partes, litigar con arreglo al Derecho griego resultaría muy caro, pues deberían, en tal caso, informarse sobre el ordenamiento jurídico griego, del que nada saben. Es más eficiente, para ambos, litigar en los términos del Derecho español, pues ambos tienen en España su centro social de vida. Se supone que ambos conocen mejor tal Derecho o están en posición para informarse mejor y a un coste reducido sobre el mismo.

**82.** El art. 23 RR-II contiene varias reglas para precisar la residencia habitual de los sujetos a los efectos del art. 4.2 RR-II. En los casos de ruptura de la promesa de matrimonio, debe subrayarse que el concepto de residencia habitual de las personas físicas no profesionales no se recoge de modo expreso en el Reglamento Roma II. Puede afirmarse que, en términos de Derecho europeo, la residencia habitual de la persona física se localiza en el lugar donde ésta tiene su centro social de vida. Es el lugar donde la persona física se encuentra de hecho (*domus colere*) con intención de permanecer de modo estable (*animus manendi*). La residencia habitual se identifica con el lugar donde la persona está realmente arraigada, donde tiene su centro social de vida. También puede sostenerse que, ante el silencio aludido del Reglamento Roma II, la residencia habitual de una persona física se determinará con arreglo a los criterios vigentes en cada Estado miembro. En España, se aplicará el art. 40 CC y la interpretación que el TS y la DGRN hacen del concepto “residencia habitual” resulta en un concepto nacional español de residencia habitual muy similar al concepto europeo de la misma noción. Es el centro social de vida de la persona, que se concreta en el lugar donde ésta tiene presencia física con intención de permanencia.

### 3. Tercer punto de conexión. Ley del país donde se ha producido el daño y promesa de matrimonio

#### A) Aspectos previos. Justificación del punto de conexión “lugar del daño”

**83.** Finalmente, en tercer lugar, y a falta de elección de Ley por las partes (art. 14 RR-II) y de residencia habitual común de las partes (art. 4.2 RR-II), se aplicará la Ley del país donde se ha producido el daño (art. 4.1 RR-II). Bienvenidos todos al fascinante mundo de la conexión *Lex Loci Damni*: ley del lugar donde se ha producido el daño. Más de mil años contemplan esta conexión, que se utiliza desde tiempos del bueno y viejo Derecho Romano.

**84.** El criterio *Lex Loci Delicti Commissi*, explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, permite una identificación segura y veloz de la Ley aplicable<sup>135</sup>. Conduce, en circunstancias normales, a la Ley del Estado cuya aplicación al caso es la más previsible para las partes implicadas. Ello significa que la *Lex Loci Delicti Commissi* suele ser la Ley cuya aplicación suscita los costes conflictuales más reducidos para los sujetos implicados en los casos internacionales de obligaciones extracontractuales. Les permite litigar al menor coste jurídico, es una conexión eficiente. Dicha Ley sintoniza perfectamente con las expectativas de los sujetos implicados, explican los clásicos<sup>136</sup>. La *Lex Loci Delicti Commissi* suele corresponder al país “más estrechamente vinculado” al supuesto. Los costes de información de dicha Ley y los costes de adaptación de los particulares al contenido de dicha Ley, son reducidos para ambas partes.

<sup>134</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 101, 2012-3 (juillet-septembre 2012), pp. 521-538; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 200-201.

<sup>135</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, vol. III, 2020, pp. 3679-3674.

<sup>136</sup> G. BEITZKE, “Les obligations delictuelles en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1965, vol.115, pp. 67-146; P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1989, vol.214, pp. 251-398.

La explicación de ello es sencilla: las personas que se hallan en el territorio de un concreto Estado y/o que dirigen sus actividades hacia el territorio de un determinado Estado están en una posición óptima para prever, razonablemente, que las actividades que desarrollan en dicho territorio están sujetas al Derecho de dicho Estado (*When in Rome, do as Romans do*, máxima sabia donde las haya cuyo origen se encuentra en las enseñanzas de San Ambrosio). Y las personas que sufren daños en un Estado se hallan, igualmente, en una situación idónea para prever que los daños que puedan sufrir en ese Estado debe sujetarse a la Ley de dicho Estado. De ese modo, se alcanza, como indica el Cons. (16) RR-II: “[...] un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada. La conexión con el país donde se produzca el daño directo (*lex loci damni*) crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada [...]”. Así la conexión suscita costes conflictuales reducidos para ambas partes (= costes “globales” reducidos, no sólo para una parte). Por otro lado, el elemento fundamental en los ilícitos civiles es la reparación del perjuicio causado y no la punición de conductas. El perjuicio surge porque existe un “daño”, con independencia de cuál sea el hecho generador y del lugar donde éste se haya producido. El lugar relevante es el lugar del daño, es el lugar que permite a todos los sujetos implicados calcular de manera sencilla cuál es la Ley aplicable a un hecho ilícito. Esta conexión no tiene nada que ver con la protección de la soberanía del Estado en cuyo territorio se ha verificado el daño. Por otro lado, la regla potencia la buena administración de la Justicia, pues el lugar donde el daño se ha producido es el lugar donde, normalmente, se encontrarán las pruebas de dicho daño y de la posible responsabilidad del sujeto, como ha señalado la jurisprudencia<sup>137</sup>.

**85.** Por otro lado, el Reglamento Roma II solventa de raíz, y de forma muy simple, la cuestión de la Ley aplicable a los ilícitos a distancia, asunto que había ocupado y preocupado a varias generaciones de juristas. El reglamento acoge la tesis francesa al respecto, esto es, la postura seguida por los tribunales franceses durante años al aplicar la regla *Lex Loci Delicti Commissi*. Con arreglo a la misma, en los supuestos de ilícitos a distancia, se aplica la Ley del país en cuyo territorio se produce el “daño”. No es relevante el país donde se haya tenido lugar el “hecho generador del daño” (= lugar donde se ha roto la promesa matrimonial). Tampoco es relevante el país donde “se manifiesta el daño” (= el país en el que se encuentra una persona cuando descubre que la otra persona no tiene ya intención de contraer matrimonio pese a su anterior promesa). Con esta conexión, -el lugar del daño-, los sujetos que sufren un perjuicio en el territorio de un país pueden estar seguros de que la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de tal daño es la Ley de dicho Estado, cualquiera que sea el país donde se haya producido el hecho generador del daño, esto es, la ruptura de la promesa. El país donde se rompe la promesa de matrimonio puede, en efecto, resultar totalmente imprevisible para la víctima. en suma, puede decirse que, a efectos del art. 4.1 RR-II es indiferente e irrelevante el lugar donde se haya formulado la promesa de matrimonio el lugar donde ésta se haya roto.

**86.** Sin embargo, como advierten A. WEILL y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, no siempre es sencillo determinar cuál es el lugar donde se ha producido el daño<sup>138</sup>. Ello se debe a dos razones.

**87.** En primer lugar, es preciso concretar el carácter del daño, esto es, en qué consiste el daño por el que la víctima solicita una indemnización. En este punto, dos circunstancias deben precisarse.

Primera circunstancia: estas reclamaciones se mueven en el ámbito del Derecho Privado. Se trata de derechos disponibles por las partes. Por ello, cada persona decide qué quiere reclamar, qué fundamentos jurídicos va a utilizar al respecto y hasta qué punto va a reclamar. La parte perjudicada delimita el ámbito de su reclamación con total libertad procesal. Una víctima de una promesa de matrimonio

<sup>137</sup> *Vid. ad ex.* SAP Baleares 13 diciembre 2018 [daño a cable submarino] [ECLI:ES:APIB:2018:2410].

<sup>138</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69* (dir: Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262, si bien referido al “hecho dañoso” o al “ilícito” y no al “daño”: “Soluciones positivas que no dejan de presentar dificultades, pues, si se admite que nos encontramos ante un supuesto de «hecho ilícito», no es fácil determinar el lugar de producción del mismo a los fines de indicar la ley aplicable a la ruptura («lex loci delicti commissi»)».

incumplida puede reclamar sólo los daños materiales sufridos y no los emocionales y morales, así como puede reclamar sólo los daños que ha experimentado en un país o países determinados. Es libre al efecto. El objeto del proceso lo determinan las partes con su demanda y contestación.

Segunda circunstancia: las normas de conflicto del Reglamento Roma II no deciden qué tipo de daño es resarcible: ¿daños económicos, daños morales o emocionales? Esa decisión corresponde la Ley estatal que rige el fondo de la reclamación (*Lex Causae*). Por tanto, el daño que la víctima alega haber sufrido es el daño que se debe tener presente para concretar la Ley aplicable en el contexto del art. 4.1 RR-II, sea cual fuere dicho daño y su naturaleza.

**88.** En segundo lugar, puede suceder que los elementos del daño se encuentren dispersos por varios países: puede que la promesa de matrimonio se haya roto en un país A, que la residencia habitual de la víctima se localice en otro país B, que el lugar del primer domicilio conyugal proyectado se concrete en otro país C y que los gastos realizados por dicha víctima en consideración del matrimonio se hayan realizado en varios países distintos, B, C, D y E, vista la facilidad de compras a distancia en la sociedad actual. También puede suceder que la víctima de la promesa incumplida tenga su residencia habitual en un país X pero disponga de intereses económicos, -inversiones, patrimonio-, y/o laborales, -lugar habitual de trabajo-, en otros países distintos W y Z. Las combinaciones son infinitas. La vida del siglo XXI es así.

**89.** Por ambas razones resulta conveniente distinguir diversos supuestos de daños derivados de la ruptura de una promesa matrimonial.

## **B) Daños morales y emocionales y promesa de matrimonio. Conexión residencia habitual de la víctima**

**90.** La ruptura de la promesa de matrimonio puede provocar daños emocionales y morales en la persona que creyó que el matrimonio se iba a celebrar. Si la víctima reclama una indemnización para compensar tales daños, debe afirmarse que el país donde tales daños se producen es el país donde la persona tiene su residencia habitual. No presenta relevancia, en el contexto del art. 4.1 RR-II, el país donde se encuentra la persona cuando conoce la ruptura de la promesa de matrimonio. Dicho país puede ser casual o anecdótico, y más hoy día, cuando una persona puede acceder, desde cualquier país, a su correo electrónico o servicio de mensajería instantánea, así como al teléfono y redes sociales.

**91.** Varias razones avalan esta interpretación en favor del “lugar de la residencia habitual de la víctima” como “lugar del daño”.

En primer lugar, puede afirmarse que la persona experimenta el daño emocional o moral en el país donde tiene su centro social de vida, su sede personal, su centro de intereses principales. La persona sufre daños emocionales en el país donde se normalmente se encuentra, en el país donde tiene su lugar natural en la vida, precisa B. AUDIT<sup>139</sup>. Es el país de su residencia habitual. Como indica A. WEILL, es ése el país donde se localiza «el centro de los daños personales»<sup>140</sup>. En el caso de reclamación de daños personales, morales y/o emocionales, esto es, daños no patrimoniales, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de la víctimas es previsible para ambas partes. El criterio cumple a la perfección con el «test de previsibilidad» recogido en el Considerando (16) RR-II, antes citado.

<sup>139</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2006, p. 514: «Il est vrai que la localisation du délit peut faire difficultés en particulier lorsque les fiancés ne résident pas dans le même pays. Si l'on se prononce pour la loi du dommage, celui-ci, principalement d'ordre moral, pourra être considéré comme localisé au domicile de la victime».

<sup>140</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24: «Les difficultés de détermination du lieu du délit pourraient être évitées si, systématiquement, on considèrait le domicile de la victime de la rupture des fiançailles comme étant l'élément essentiel du rattachement du délit: le préjudice qui est invoqué est, le plus souvent, d'ordre moral (atteinte à la réputation, trouble psychologique); à cet égard, le domicile représente le véritable centre de la relation dommageable car il correspond au milieu social où vit normalement la victime de la rupture et où par conséquent, ses intérêts personnels sont lésés».

En segundo lugar, se puede también reforzar esta interpretación con lo afirmado por el TJUE en la STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*<sup>141</sup>. El TJUE afirmó que, en relación con los daños a derechos de la personalidad, esto es daños a bienes inmateriales, verificados en Internet, el lugar donde se debe considerar que se ha producido el «daño mayor» es el lugar en la víctima tiene su «centro de intereses», que es, normalmente, el Estado donde dispone de su «residencia habitual». El lugar donde la víctima dispone de su «centro de intereses» es el lugar en el que, en principio, el daño emocional, personal y moral causado por la ruptura de la promesa de matrimonio se verifica de manera más significativa. Es el lugar del «daño mayor», como también indica la STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Handel*, FD 33<sup>142</sup>. Es el lugar de la sede natural de la persona, como afirmó ya hace años J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>143</sup>. En estos casos, “*los intereses de la parte lesionada, de este modo, aparecen como dominantes*” y dichos intereses se concretan en el país de la sede normal de la víctima, en el país de su residencia habitual, que es el país donde la ruptura de la promesa de matrimonio ha surtido sus efectos. Es el país que se corresponde con el medio social de la víctima. Suele coincidir con el país donde la víctima recibe la noticia de la ruptura de la promesa de matrimonio.

### C) Daños económicos y promesa de matrimonio

#### a) Aspectos generales. El lugar del daño económico

92. La quiebra de la promesa de matrimonio puede producir daños económicos en el patrimonio de la persona que confiaba en la celebración del matrimonio se iba a celebrar. Dicha persona puede haber realizado gastos y haber contraído obligaciones con vistas al matrimonio en uno o más países. Pues bien, en ese caso, el daño consiste, básicamente, en las cantidades de dinero gastadas por la víctima con vistas al matrimonio. Ese gasto representa unas cantidades que se emplearon con el propósito de contribuir a la vida matrimonial, pero que ahora carecen de todo sentido tras la ruptura de la promesa de matrimonio: adquisición de una vivienda para la pareja casada, ajuar doméstico, regalos a la otra parte y/o a su familia, etc. Un gasto ya inútil, un gasto sin causa. Precisamente por ello ahora la víctima reclama al “*fiancé récalcitrant*» que le restituya tales cantidades. El daño económico no es la ruptura de la promesa, sino el gasto sin sentido realizado por una de las partes que confió en una promesa de matrimonio que se incumplió.

93. No resulta sencillo concretar cuál es el concreto lugar donde ha ocurrido el daño, como advierte J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>144</sup>. En realidad, se trata, ahora, de concretar en qué país se encontraba el dinero de la víctima cuando éste se gastó. Para precisar cuál es ese país, puede recurrirse a la jurisprudencia

<sup>141</sup> STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*, Recopilación, 2011, p. I-10269. [ECLI:EU:C:2011:685].

<sup>142</sup> STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid IIsjan vs. Svensk Handel AB*, [ECLI:EU:C:2017:766].

<sup>143</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262: “*En función de estos elementos, podría sostenerse que el objetivo de política legislativa de las normas materiales del Derecho español es el de proteger a la parte por el hecho de esa ruptura sin justa causa, tras haber iniciado los actos preparatorios del matrimonio. Y la protección se concreta en la posibilidad de un resarcimiento del daño patrimonial ocasionado por el incumplimiento de la promesa. Los intereses de la parte lesionada, de este modo, aparecen como dominantes. Por ello, en la perspectiva del Derecho internacional privado debe descartarse una construcción analógica con el régimen matrimonial, que responde a objetivos e intereses distintos. La solución adecuada desde este planteamiento sería estar a la ley de la residencia habitual de la parte perjudicada por la ruptura. La sustitución de la ley nacional (conexión de base en nuestro sistema) por la residencia habitual se justifica en atención que ésta expresa la conexión directa de la víctima con su medio social, que es donde se han manifestado los efectos de la ruptura injustificada y donde, de ordinario, se han sufrido los daños cuyo resarcimiento cabe exigir*”.

<sup>144</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 261-262: “... si se admite que nos encontramos ante un supuesto de «hecho ilícito», no es fácil determinar el lugar de producción del mismo a los fines de indicar la ley aplicable a la ruptura («lex loci delicti commissi»)”.

dencia del TJUE relativa a los daños financieros, esto es, daños producidos por pérdidas de cantidades de dinero invertidas o gastadas tras un engaño o falta información en los mercados financieros. Este tribunal ha indicado, en tales sentencias, que el lugar del daño (“*le lieu du préjudice financier*”) es aquél donde la víctima ha situado su dinero para invertirlo posteriormente (= “*lieu de la partie du patrimoine endommagée*”). Es ése el lugar donde el capital se pierde o merma (= lugar donde se produce la disminución del patrimonio de la persona)<sup>145</sup>. El lugar del daño económico, en estos casos, se produce en el país desde donde la cantidad se gasta o invierte: es el lugar donde está situado el dinero cuando se gasta o se invierte. En efecto, “*por lo que se refiere a la materialización del daño (...) el daño se produce en el lugar en el que lo ha sufrido el inversor*”<sup>146</sup>.

**94.** En relación con los gastos realizados y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido y no celebrado, debe distinguirse entre los gastos efectuados en compras directas y en compras a distancia, esto es, desde el país de la residencia habitual de la víctima.

En primer lugar, los gastos realizados en compras directas son los que han tenido lugar en un país concreto al que la víctima se ha desplazado y donde ha pagado bienes y/o servicios. El dinero se pierde en ese país, porque la víctima se traslada a otro país para gastar allí su dinero. El dinero está en su patrimonio hasta que lo gasta y ello se produce en el país al que se desplaza la víctima. Ejemplo: si un varón con residencia habitual en Marruecos se traslada a Francia y allí adquiere bienes destinados a la vivienda común de la pareja casada, tras una promesa de matrimonio realizada por su novia española con residencia habitual en España, el daño se ha producido en Francia. En efecto, el dinero fue suyo hasta que lo gastó, y en ese momento, en dinero estaba en Francia.

En segundo lugar, los gastos realizados en compras a distancia son los que se realizan mediante transferencias o envíos monetarios desde el país donde la víctima tiene su dinero, que suele ser el país de su residencia habitual. El dinero está en su patrimonio hasta que lo gasta y ello se produce en el país de la residencia habitual de la víctima. Ejemplo: una mujer con residencia habitual en Argelia adquiere por Internet bienes destinados a la vivienda común de la pareja casada. Tres meses antes, su novio español le había prometido matrimonio. El dinero se gastó en establecimientos de venta por Internet situados en China, Estados Unidos, Francia y Hong-Kong. En este caso, el daño se ha producido en Argelia. En efecto, el dinero pertenecía a la víctima hasta que lo gastó, y en ese momento, en dinero estaba en Argelia.

**95.** El lugar del daño es el lugar donde se gasta o invierte el dinero de la víctima, el lugar en el que la víctima se desprende de su dinero. Suele coincidir con el lugar donde ésta recibe la nada agradable noticia de la ruptura de la promesa matrimonial y con el país donde la víctima tiene su residencia habitual. En este sentido debe leerse la antigua jurisprudencia francesa que ha indicado que el lugar del daño es aquél en el que la víctima recibe la ruptura de la promesa. Debe entenderse que dicho lugar se corresponde con el país donde la víctima tiene su residencia habitual y donde ha realizado los gastos en consideración del matrimonio prometido<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Vid. STJUE 12 septiembre 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* [ECLI:EU:C:2018:701]; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc*. [ECLI:EU:C:2015:37] FD 52-53; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Rudolf Kronhofer vs. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan, Recopilación*, 2004, p. I-6022. [ECLI:EU:C:2004:364]; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc, Recopilación*, 1995, p. I-2719. [ECLI:EU:C:1995:289]. Vid. también Ordenanza della Corte di Cassazione (Italia) de 8 abril 2001, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 1103 [instrumentos financieros suscritos en Italia]; Ordenanza della Corte di Cassazione (Italia) 5 julio 2011 [daños futuros derivados de una transacción en el Reino Unido que comporta perjuicios patrimoniales para una sociedad italiana], *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 432; Sentencia de la Cour de Cassation Com. (Francia) 7 janvier 2014 [daño financiero], *Revue critique de droit international privé*, 2014, pp. 432-445.

<sup>146</sup> STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc*. [ECLI:EU:C:2015:37] FD 52-53.

<sup>147</sup> En toco caso, esta jurisprudencia es útil para dejar claro que el daño no se produce en el país donde se rompe la promesa ni en el país desde donde se envía un mensaje por el que se rompe la promesa. En efecto, en el caso de que la ruptura se haya emitido en un país pero se haya recibido en otro país, cierta jurisprudencia francesa defendió que el lugar del hecho dañoso debía concretarse en el país donde la ruptura se recibe por la víctima. Así se puede apreciar en la sentencia del tribunal civ. Seine (Francia) de 16 junio 1936, *Recueil Sirey*, 1939, I, p. 305, con nota de J.-P. NIBOYET. Vid. H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.II, 7ª ed., LGDJ, Paris, 1983, n. 415 nota 4 bis, pp. 39-40: «*Le lieu du délit a été jugé celui ou la lettre de*

96. El lugar del daño económico no es el lugar donde el “*fiancé récalcitrant*» rompe su promesa de matrimonio. En dicho país no se produce ningún daño económico para la víctima. Además, la ruptura de la promesa puede haberse realizado en un país que no presenta la más mínima conexión con la víctima. Ello conduciría a la aplicación de la Ley de un país totalmente imprevisible para la parte perjudicada, por lo que cabe afirmar que dicha conexión no supera el «test de previsibilidad» recogido en el Considerando (16) RR-II. La citada jurisprudencia francesa confirma que el daño no se produce en el país donde la promesa se rompe<sup>148</sup>.

97. En ciertas ocasiones no es sencillo identificar el lugar donde se ha verificado el daño en casos de gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. pues los elementos del daño pueden encontrarse muy dispersos en diferentes países. Ello exige un acercamiento analítico a estos casos complejos. Dicho acercamiento debe arrancar del principio de previsibilidad de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

98. En efecto, para seleccionar y concretar el lugar exacto donde se ha producido el daño, debe subyugarse que dicho lugar debe conducir a una Ley de aplicación previsible para víctima y responsable del daño. Muy bien lo indica el Considerando (16) RR-II, que expresa: “[u]nas normas uniformes deben incrementar la previsibilidad de las resoluciones judiciales y garantizar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada. La conexión con el país donde se produzca el daño directo (*lex loci damni*) crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva”.

## b) Daños económicos producidos en el mismo país

### (a) Daños económicos producidos íntegramente en el país de la residencia habitual de la víctima

99. En el caso de que la víctima haya realizado todos sus gastos en el país de su residencia habitual, bien en compras directas, o bien a distancia, es en ese país donde se ha producido el daño patrimonial a efecto del art. 4.1 RR-II. La Ley del país de residencia habitual de la víctima regirá la responsabilidad civil de la persona que rompió la promesa de matrimonio por los gastos realizados y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido y no celebrado. En este caso, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de la víctima es perfectamente previsible para ambas partes. En este supuesto, el país de la residencia habitual de la víctima suele coincidir con el país donde

---

*rupture a été reçue*». Más clara, todavía, en favor del lugar donde se recibe la ruptura de la promesa, resulta la sentencia de la *cour de cassation* civ. (Francia) de 28 marzo 1973, si bien la *cour* resuelve una cuestión de competencia judicial internacional y no de Ley aplicable a la promesa de matrimonio (Sentencia *cour cassation* civ. (Francia) 28 marzo 1973, *Gazette du palais*, 1973, p. 123 y <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006989189/> y *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile*, 2 n.113, p. 88: «*attendu qu’il est fait grief a l’arrêt d’avoir déclaré que le tribunal de Lyon était compétent, alors, d’une part, que le fait dommageable serait constitué par la réception du télégramme rompant la promesse de mariage, et que, par suite, serait compétent le tribunal dans le ressort duquel, ce télégramme a été reçu par sa destinataire, alors, d’autre part, que la cour d’appel n’aurait pu, sans se contredire, affirmer qu’un second télégramme, reçu a Lyon par Demoiselle (...) .... estimer que la réalisation du dommage prétendu s’était produite a Lyon, tant pour Demoiselle A... que pour son Z... et décider, en conséquence, que le tribunal de cette ville avait été compétemment saisi*». Se trataba de una ruptura de promesa de matrimonio que fue comunicada por telegrama recibido en Mónaco y confirmada por un segundo telegrama, con extremos y datos más explícitos sobre la ruptura, recibido en Lyon (Francia), ciudad donde se iba a celebrar el enlace matrimonial. La *cour* consideró que el hecho dañoso consistía en el «*recibo del telegrama que rompió la promesa de matrimonio, y que, por lo tanto, es competente el tribunal en cuya jurisdicción, este telegrama ha sido recibido*». Dicho lugar suele coincidir, como se ha avanzado, con el país de la residencia habitual de la víctima y con el país donde ésta ha realizado gastos en consideración al matrimonio prometido.

<sup>148</sup> *Vid.* nota anterior.

la promesa matrimonial se realizó y se rompió. Así puede comprobarse en la sentencia del tribunal de Valenciennes de 19 diciembre 1935. Este tribunal aplicó la Ley francesa a las consecuencias de la ruptura de una promesa de matrimonio entre dos ciudadanos polacos porque la promesa y la ruptura habían tenido lugar en Francia<sup>149</sup>. La sentencia del tribunal de Pontoise de 23 abril 1969 también defendió la aplicación de la Ley del lugar donde se había realizado el hecho, esto es, la promesa y su ruptura posterior y presumiblemente, también donde se habían realizado todos los gastos a indemnizar<sup>150</sup>.

**100.** Por tanto, en el caso de que la víctima haya realizados todos los gastos con vistas al matrimonio en el país de su residencia habitual, al solución es sencilla. El lugar del daño es precisamente, ese país. En dicho Estado la persona ha gastado su dinero y su patrimonio se ha visto mermado. Ejemplo: un varón español con residencia habitual en Madrid, promete matrimonio, por Internet, a una ciudadana egipcia. Ambos tienen previsto que ella viaje a España e instalar en Madrid el hogar conyugal. En consideración a dicho enlace matrimonial, la mujer realiza numerosos gastos todos ellos en Egipto. Un mes después, el varón comunica a la mujer que se niega a contraer matrimonio con ella. Pues bien, la Ley egipcia debe regular las consecuencias de la ruptura de dicha promesa (art. 4.1 RR-II). Es la Ley del lugar donde ha ocurrido el daño: en Egipto se han realizado todos los gastos y en ese mismo país tiene su sede natural la persona víctima de la ruptura de la promesa matrimonial. No hay duda de que es España el país que se corresponde con el “lugar del daño”. Es el país donde se ha materializado el perjuicio en su totalidad.

(b) Daños económicos producidos realizados íntegramente en un país distinto al de la residencia habitual de la víctima

**101.** Puede suceder que la víctima se traslade a un país concreto distinto al país en el que tiene su residencia habitual y realice, en ese otro país, todos los gastos en consideración al matrimonio prometido y no celebrado. El caso no será frecuente, pero un acercamiento analítico exige diferenciar dos supuestos diferentes.

**102.** Primer supuesto: promesa de matrimonio y lugar estable de primer domicilio conyugal proyectado. En ocasiones, las partes residen en países diferentes pero tienen la intención de instalar el domicilio conyugal en un tercer país, país donde se llevan a cabo todos los gastos. Pues bien, en este supuesto, el daño tiene lugar en ese otro país, en el país donde la pareja, una vez casada tenía la intención de fijar su residencia conyugal. Ejemplo: una ciudadana española con residencia habitual en Madrid se traslada a Varsovia para adquirir una vivienda que será destinada a ser el hogar común de la pareja una vez celebrado el matrimonio. Un mes antes de dicha compra, su novio italiano, residente en Milán, le había prometido matrimonio. Sin embargo, una semana antes de la boda, él decide no contraer matrimonio. En este caso, el daño se ha producido en Polonia, pues el dinero pertenecía a la víctima hasta que lo gastó, y en ese momento, en dinero estaba en Polonia. La aplicación de la Ley polaca, de la Ley del país donde se ha realizado el gasto, que es, además la Ley del país de la residencia habitual proyectada de la pareja, una vez casada, es perfectamente previsible para ambas partes. En este sentido, la jurisprudencia anglosajona, aunque por razones muy específicas propias del *Common Law*, mostró una querencia muy acusada en favor de la Ley del país del proyectado primer domicilio conyugal<sup>151</sup>. En suma, en este primer supuesto, el lugar del daño (art. 4.1 RR-) se concreta en el país donde la pareja tenía perfectamente decidido instalar el primer domicilio conyugal si todos los gastos se han realizado en dicho país.

<sup>149</sup> Sentencia del tribunal Valenciennes de 19 diciembre 1935, *Nouveau revue de droit international privé*, 1936, p. 325, muy bien analizada por E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. 217, nota [9].

<sup>150</sup> Sentencia tribunal de Pontoise de 23 abril 1969, *Journal de droit international Clunet*, 1979, p. 928 y nota de R. DAYANT.

<sup>151</sup> *Vid. Kremezi vs. Ridgway* (1949) 1 All E. R. 662; *Hansen vs. Dixon*, (1906) 96 L.T. 32, (1906) 23 T.L.R. 56; caso *Guggenheim v. Rosenbaum*, fallado por un tribunal de Sudáfrica, referenciado en E. SPIRO, «Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)», *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266.

**103.** Segundo supuesto: promesa de matrimonio y lugar indefinido de primer domicilio conyugal proyectado. En otros casos, el lugar del primer domicilio conyugal no ha sido fijado o resulte dudoso, resultaría que el lugar del daño se localizaría en un país imprevisible para las partes: un país donde han sido realizado todos los gastos pero que no es el país del primer domicilio proyectado de la pareja. El país donde los gastos se han realizado puede, además, ser totalmente desconocido para el presunto demandado. En consecuencia, el lugar del daño es, en efecto, ese país donde el dinero ha sido gastado (art. 4.1 RR-II). Sin embargo, debe afirmarse que el caso presenta vínculos más estrechos con el país donde la víctima tiene su residencia habitual. Ese país es el centro de gravedad del litigio y de la reclamación: es el país donde tiene su sede natural la víctima del ilícito, persona cuya confianza en la promesa de matrimonio ha sido dañada. Por ello, conviene activar la cláusula de excepción prevista en el art.4.3 RR-II y aplicar, como ley del país más estrechamente conectado con el supuesto, la Ley del país de residencia habitual de la víctima.

### c) Daños económicos producidos en varios países

#### (a) Daños en varios países incluido el país de residencia habitual de la víctima

**104.** Puede resultar frecuente es el caso de gastos realizados en consideración al matrimonio prometido y no celebrado y realizados en diferentes países. Un ejemplo puede resultar ilustrativo. Una mujer con residencia habitual en Almería se traslada a Portugal y Francia y en estos dos países realiza gastos con vistas a su matrimonio. También adquirió bienes en España. Un año antes de estas adquisiciones, su novio portugués, residente habitual en Lisboa, le había prometido matrimonio. Sin embargo, el día de la boda, el novio rompe su promesa y el matrimonio nunca tiene lugar. En este caso, el daño se ha producido en Portugal, en Francia y en España, pues el dinero pertenecía a la víctima hasta que lo gastó, y en ese momento, en dinero estaba en esos tres países. En estos casos plurilocalizados no resulta fácil concretar cuál es el país o países donde se ha producido el daño económico.

**105.** Una primera interpretación, más estricta, conduce a localizar el “lugar del daño” en el país o países donde se han efectuado los gastos *propter nuptias*. Una aplicación literal del criterio del “lugar donde se gasta el dinero” llevaría a aplicar varias Leyes estatales distintas a la responsabilidad civil de la persona que prometió el matrimonio. En el ejemplo anterior, las cantidades gastadas en Francia deberían ser devueltas, o no, con arreglo a la Ley francesa. Las cantidades gastadas en Portugal quedarían sometidas a la Ley portuguesa y así las gastadas en España se sujetan a la Ley española. El resultado no supera el «test de previsibilidad» recogido en el Considerando (16) RR-II, antes citado. La aplicación de tales múltiples leyes no sólo es complicada, -pues obliga a una aplicación distributiva de varios ordenamientos jurídicos estatales a modo de «mosaico de leyes» para recuperar todo el dinero gastado-, sino que resulta imprevisible para el sujeto que rompe su promesa de matrimonio. Éste puede perfectamente no conocer los países donde la otra persona ha realizado sus gastos.

**106.** Una segunda interpretación aboga por identificar el lugar del daño con el país en el que la pareja habría fijado su primera residencia habitual común en el caso de haberse celebrado el matrimonio (*the intended home theory*). Es éste el país en el que la ruptura de la promesa produce sus efectos principales: la no celebración del matrimonio. Es el país donde se ha producido el “daño económico”, podría pensarse. Se trata de una interpretación muy del gusto anglosajón<sup>152</sup>. Sin embargo, esta interpretación

<sup>152</sup> Ello se explica porque la jurisprudencia inglesa entiende que la promesa de matrimonio es un contrato cuyo lugar de ejecución se localiza en el país donde la pareja, ya casada, instalará su domicilio conyugal. Desde este punto de vista, la ejecución del contrato cristaliza en la vida matrimonial. De ese modo, si la promesa (= el contrato de promesa matrimonial) se incumple, el daño derivado de tal incumplimiento se concreta en el país donde los prometidos tenían pensado fijar su domicilio conyugal, el país que tenían *in mente* los prometidos como lugar en el que la promesa matrimonial se iba a hacer realidad. *Vid.* la célebre sentencia inglesa, también antes citada, *Kremezi vs. Ridgway* (1949) 1 All E. R. 662. *Vid.* P.R.H. WEBB / D.J. LATHAM BROWN, “Engagements to Marry and the Conflict of Laws”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, n. 4, 1966, pp.

suscita grandes incertezas, pues el lugar de la primera residencia del matrimonio puede ser discutido o no haberse fijado *ex ante* de ninguna manera. Además, esta apreciación está basada en hipótesis de futuro, pues en verdad, nunca se sabrá si el matrimonio, en el caso de haberse celebrado, habría fijado su residencia común en dicho país. Además, puede ser que no se haya realizado ningún gasto económico en dicho país. Todo ello permite afirmar que esta interpretación conduce a un resultado contrario al «test de previsibilidad» contemplado en el Considerando (16) RR-II. En suma, en estos casos de gastos en varios países, la aplicación de la Ley del país del futuro domicilio común de la pareja no es previsible para las partes y puede, por ello, conducir a la aplicación de una Ley que las partes no conocen en absoluto y cuyo conocimiento les comporta elevados gastos.

**107.** Una tercera visión de la cuestión identifica el lugar del daño con el lugar donde la persona cuya confianza se ha sido dañada y que ha realizado gastos con vistas al matrimonio, tiene su sede natural. La sede natural de una persona radica en el país donde la misma tiene, en el momento de la ruptura de la promesa, su residencia habitual. En ese país, normalmente, habrá realizado también gastos. Por tanto se trata de localizar un daño extendido por varios países, incluido el país de la residencia habitual de la víctima.

**108.** La interpretación en favor de la residencia habitual de la víctima como lugar de localización del daño, en estos casos de gastos realizados en múltiples países, parece la más razonable en el contexto del art. 4.1 RR-II.

Esta interpretación conduce a aplicar una sola Ley estatal a todas las consecuencias patrimoniales de la ruptura de la promesa de matrimonio, sin que sean relevantes los países en los que el dinero se ha gastado o invertido. Permite la concentración de daños en un país: *accessorium sequitur principale*. Todos los daños deben regirse por la Ley del Estado donde se verifica el daño más importante. En el país de la residencia habitual de la víctima es donde los daños económicos suelen haberse producido en mayor medida y también, sin duda, el país donde la confianza de la víctima se ha visto dañada.

Por otro lado, la aplicación de esta Ley es perfectamente previsible para ambas partes (Considerando (16) RR-II). La persona que rompe la promesa puede no ser consciente de los países en los que ha gastado su dinero la otra persona. Ambos pueden ignorar el país en el que el matrimonio habría instalado su primer domicilio o primera residencia conyugal si es que se llegó a concretar dicho lugar. Sin embargo, ambos sujetos son siempre conscientes de cuál es el país de residencia habitual de los dos. Por tanto, la aplicación de la Ley del país de residencia habitual de la víctima es previsible para ambas partes y es la Ley del país donde el daño económico es mayor, pues es el país desde donde salen los fondos económicos gastados en previsión de un matrimonio que ya no se celebrará. La persona que rompe la promesa de matrimonio sabe perfectamente, en todo momento, cuál es el país donde reside habitualmente la otra persona, la víctima del incumplimiento de su promesa de matrimonio. En cierto sentido, puede afirmarse que, al romper dicha promesa, el responsable dirige su actividad dañosa al país donde la víctima tiene su residencia habitual. Por ello es previsible y por eso es justo que se aplique la Ley de dicho país, porque es la Ley que ambas partes estiman como de más previsible aplicación al supuesto.

---

947-995, así como P.M. NORTH, "Varying the proper law", *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 205-220. También E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216. Según los tribunales ingleses, la Ley del país más conectado con el caso (*the proper law of the contract*) era, a falta de indicación al respecto de las partes, la Ley del país donde los sujetos habían pensado establecer su primer domicilio conyugal, explica N. BOSCHIERO, "Art. 26", en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1149-1156. En este mismo sentido favorable a la Ley del lugar donde las partes tenían la intención de situar el hogar matrimonial se pronunció el caso *Hansen vs. Dixon*, (1906) 96 L.T. 32, (1906) 23 T.L.R. 56. *Vid.* E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216. *Vid.* también el antes citado caso *Guggenheim v. Rosenbaum*, fallado por un tribunal de Sudáfrica, muy bien analizado por E. SPIRO, «Breach of Promise (Based on Guggenheim v. Rosenbaum)», *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266.

**109.** Un ejemplo puede ayudar a comprender esta interpretación. Una mujer española con residencia habitual en Cádiz promete matrimonio a un varón ucraniano con residencia habitual en Kiev a través de una web de citas que es visible en España y Ucrania, países de residencia habitual respectiva de ambos. El sujeto ucraniano adquiere bienes en Ucrania, Alemania y España con vistas a la vivienda que ambos piensan compartir en Varsovia tras la celebración del matrimonio. La mujer española decide no contraer matrimonio y se lo comunica al ciudadano ucraniano por mensaje de texto enviado desde España a Ucrania. En este supuesto, la ruptura de la promesa de matrimonio ha producido daños económicos al ciudadano ucraniano. Pues bien, estimar que tales daños se han producido fundamentalmente en Ucrania es lo más lógico y previsible. Es el país donde se ha verificado el “daño mayor”, el país donde el patrimonio del ciudadano ucraniano se ha visto mermado por gastos realizados en varios países. La Ley de la residencia habitual de la víctima es la Ley cuya aplicación es más previsible para ambos sujetos. La mujer española es consciente de que, con su actitud, iba a producir daños económicos a una persona que reside habitualmente en Ucrania, mientras que puede no saber en qué países ha gastado su dinero dicha persona. La Ley ucraniana debe regir este caso, pues Ucrania es el “lugar del daño” (art. 4.1 RR-II) y dicha Ley decidirá si tales gastos son reembolsables y en qué medida en favor del ciudadano ucraniano.

(b) Daños en varios países excluido el país de residencia habitual de la víctima

**110.** Un caso especialmente complejo, aunque en realidad, residual, surge en el caso de que la víctima haya realizado gastos en consideración a un futuro matrimonio prometido, en diferentes países pero no en país de su residencia habitual. En este supuesto, una interpretación literal de la regla “lugar del daño”, conduciría, de modo inevitable, a la aplicación de múltiples leyes: una Ley por cada país en el que se hayan realizado gastos directos por parte de la víctima. En este caso, el resultado no supera «test de previsibilidad» que contempla el Considerando (16) RR-II. En efecto, la aplicación de esas múltiples leyes no resulta previsible para el presunto responsable, que bien puede no conocer en qué países ha gastado su dinero la víctima.

**111.** En efecto, en el caso anterior es claro que la reclamación por los gastos realizados en consideración al matrimonio prometido y no celebrado presenta vínculos más estrechos con un país que no coincide con los países en los que los gastos se han llevado a cabo. El país más vinculado con el supuesto es aquél donde la víctima tiene su residencia habitual. Se trata del contexto natural de la promesa de matrimonio, esto es, el escenario social, jurídico y personal en el que las partes se encuentran situadas. Es el país donde la confianza de una persona se ha visto dañada. Por ello, es posible que dicha Ley sea la que las partes tenían *in mente* cuando se produce la promesa y su ruptura. De ese modo, parece conveniente recurrir a la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 RR-II y aplicar la Ley del país de la residencia habitual de la víctima.

**112.** Así, por ejemplo, considérese el caso de un varón tunecino con residencia habitual España que, en Túnez, promete matrimonio a una mujer también tunecina con residencia habitual en Túnez. La mujer adquiere bienes en España, Francia y Portugal en consideración al matrimonio prometido y no celebrado. El varón rompe su promesa de matrimonio y la le víctima reclama los gastos realizados en España, Francia y Portugal en consideración al matrimonio. La Ley aplicable a este caso debe fijarse con arreglo al art. 4.3 RR-II: el país más estrechamente vinculado con el litigio es Túnez, país donde la víctima tiene su residencia habitual. La aplicación de esta Ley es previsible para víctima y para presunto responsable. La aplicación de la Ley de Túnez a este caso genera para ambos costes de información jurídica más reducidos que los que provocaría la aplicación múltiple de todas las leyes que corresponden a los países donde se han realizado los gastos. Debe por ello operar la cláusula recogida en el art. 4.3 RR-II, de forma que, excepcionalmente, la Ley de Túnez debe aplicarse.

## D) Daños morales, emocionales y económicos

**113.** En el caso de que la víctima reclame daños morales, emocionales y económicos realizados en consideración al matrimonio prometido y no celebrado, todos ellos en la misma demanda, la localización del supuesto se vuelve complicada. Sin embargo, existen buenos argumentos para sostener que la Ley aplicable debe ser la que corresponde al país de la residencia habitual de la víctima.

**114.** En primer lugar, los daños morales y emocionales se han verificado, indudablemente, en el país donde la víctima tiene su centro social de vida, su sede personal, su centro de intereses principales. Se tratará, normalmente, del país de su residencia habitual.

En segundo lugar, si parte de los gastos económicos se han realizado también en dicho país, la conexión con el mismo se hace más fuerte, de modo que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de la víctimas es previsible para ambas partes.

En tercer lugar, es posible afirmar que en ese país se ha producido el «daño mayor». Por tanto, en virtud del principio *accessorium sequitur principale*, parece conveniente que todos los daños queden sujetos a la Ley del Estado donde se verifica el daño más relevante. El daño se define, así, a través de concepto de «daño mayor» o «daño más relevante». En el país de la residencia habitual de la víctima es donde los daños morales y emocionales se han producido y también el país donde los gastos o una parte de ellos suelen haberse producido. Ese país es el lugar del daño (art. 4.1 RR-II).

## F) Daños recíprocos

**115.** En el supuesto de que ambas partes se reclamen daños la una la otra por haber roto ambos una promesa de matrimonio, caso extraño pero posible, debe tenerse presente que la determinación de la Ley aplicable se debe realizar de modo separado. Los daños que X reclama a Z se regirán por la Ley del lugar donde X a sufrido el daño (art. 4.1 RR-II). Los daños que Z solicita a X quedan sujetos a la Ley del lugar donde Y a sufrido el daño (art. 4.1 RR-II). Si un mismo tribunal conoce de ambos daños, -lo que es posible vista la regla de la reconvencción recogida en el art. 8.4 RB I-bis-, deberá aplicar dos Leyes estatales diferentes, una por reclamación<sup>153</sup>.

## V. Ámbito de la Ley aplicable a la ruptura de la promesa de matrimonio

### 1. Cuestiones reguladas por la Ley que rige la reclamación por ruptura de la promesa de matrimonio

**116.** La Ley que rige la responsabilidad por ruptura de la promesa de matrimonio regula diversas cuestiones.

**117.** En primer lugar, esta Ley determinada con arreglo al Reglamento Roma II fija el régimen jurídico de fondo de la promesa de matrimonio: admisibilidad de la promesa o de los esponsales, así como el contenido que debe presentar una promesa o esponsales para ser considerados como tales. Regula también la validez sustantiva de dicha promesa, los requisitos de fondo exigibles para su existencia y validez. Así, por ejemplo, existen las Leyes de algunos Estados no conocen la promesa unilateral de matrimonio, sino sólo la promesa bilateral o contrato de esponsales entre los prometidos. Así se recoge en los arts. 5-8 de la *Al-Moudawana* marroquí (código de familia)<sup>154</sup>.

<sup>153</sup> Art. 8.3 RB I-bis: “Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: (...) Si se trata de una reconvencción derivada del contrato o hecho en que se fundamente la demanda inicial, ante el órgano jurisdiccional que esté conociendo de esta última”.

<sup>154</sup> Texto en <http://www.intermigra.info/archivos/CodFamiliaMarruecos.pdf>.

**118.** En segundo lugar, esta Ley rige no sólo, como se ha indicado, la existencia de la promesa de matrimonio y su validez, sino también las consecuencias de su ruptura. En efecto, es lógico que la Ley que regula la misma existencia y la validez de una promesa de matrimonio sea la misma Ley que rija las consecuencias de su ruptura. Así lo sostienen innumerables autores, como A. WEILL, F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, B. BAREL / ST. ARMELLINI y T. BALLARINO / A. BONOMI y también, en España, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>155</sup>. El daño producido tras la ruptura de la promesa matrimonial tiene su fundamento en la Ley y no en el acuerdo entre las partes, como ha indicado N. BOSCHIERO<sup>156</sup>. Por tanto, la existencia y validez de la promesa de matrimonio debe regirse por la misma Ley que regula la responsabilidad civil extracontractual a tenor del Reglamento Roma II. Esta solución unitaria es más previsible para las partes, garantiza la proximidad de la ley aplicable con el supuesto y es eficiente, puesto que ofrece una solución eficiente, como remarca A. SARAVALLE<sup>157</sup>.

Por tanto, la ley aplicable al fondo de la reclamación, determinada con arreglo al Reglamento Roma II, rige cuestiones como la restitución de bienes regalados consideración al matrimonio prometido y no celebrado, el resarcimiento de los daños, la entidad del daño resarcible, la existencia de culpa en una de las partes, la necesidad de justa causa o simplemente de “causa” para romper la promesa sin obligación de pagar los gastos o viceversa, las consecuencias de la presencia de culpa en la ruptura de la promesa, así como la prescripción y la caducidad de las acciones<sup>158</sup>. Es preciso recordar, con E. RABEL, que las consecuencias de la ruptura de la promesa de matrimonio se regulan de modo muy diversos en las distintas legislaciones nacionales. Algunas confirman el deber de pagar daños y perjuicios, otras no admiten dicho deber, otras permiten reclamar daños compensatorios por lesiones especiales, daños por dolor y sufrimiento mental, o incluso permiten reclamar los famosos daños punitivos<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 2: Statuto personale e diritti reali*, 4ª ed., Milano, 2016, p. 86: “... qui la disciplina è unitaria (...) mentre per la violazione dei diritti della personalità la disciplina delle conseguenze è stata rimessa legge regolatrice della responsabilità per fatto illecito (art. 62), qui si è preferita una soluzione diversa”; B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Manuale breve Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 136: “L'ambito della disposizione copre: ammissibilità e contenuto della promessa, forma e conseguenze della sua violazione”; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 374: “La legge designata dall'art. 26 è chiamata a regolare la promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione: vi rientrano tutte le questioni relative alla restituzione dei doni o al risarcimento dei danni, all'entità del danno risarcibile, alle conseguenze della colpa uno dei nubendi, al termine prescrizione”. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión 1979), pp. 243-371, esp. pp. 258-262: “Para un sector doctrinal, se considera que el problema del incumplimiento posee autonomía, independientemente de la promesa matrimonial que ha sido el origen del acto de ruptura; y la consecuencia de esta posición es reclamar una regulación especial del incumplimiento dentro del Derecho internacional privado. Posición esta difícilmente aceptable, pues los efectos de la promesa (en caso de ruptura) no pueden separarse de forma radical del negocio jurídico que ha sido su causa. De este modo, el problema se desplaza hacia la calificación del negocio jurídico, de la promesa matrimonial”. A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24: «La détermination de la loi compétente pour apprécier la responsabilité du fiancé auteur d'une rupture fautive ne peut dissociée de la nature juridique des fiançailles (...) conduit à au statut délictuel la responsabilité du fiancé auteur d'une rupture fautive».

<sup>156</sup> N. BOSCHIERO, “Art. 26”, en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1149-1156, esp. p. 1153.

<sup>157</sup> A. SARAVALLE, “Artículo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “Con una decisione molto opportuna, il legislatore ha disposto espressamente che la medesima legge disciplini sia la promessa di matrimonio sia le conseguenze della sua violazione. Quanto alle conseguenze, ricadono sotto l'impero della legge determinata dalla nonna in esame solo quelle tipiche, espressamente ricollegate alla rottura della promessa di matrimonio”.

<sup>158</sup> J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 088-116, esp. p. 94: “La aplicación de la Ley extranjera debe quedar limitada a los aspectos de qué gastos y obligaciones se consideran hechos en razón del proyectado matrimonio (por ejemplo, el costo de una previa intervención quirúrgica a la que no se habría sometido él o la interesada de conocer que el matrimonio después no llegaría a celebrarse, ¿es gasto hecho con ocasión del matrimonio?...), cuantía de la indemnización, modalidades y formas del resarcimiento, etc.”.

<sup>159</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 217: “with respect to the duty to pay damages the laws vary from non-recognition of any such duty to recognition of a duty to pay compensatory damages for special injury, damages for mental pain and suffering, or even punitive damages”.

## 2. Ley aplicable a la capacidad para formular una promesa de matrimonio

119. La capacidad para formular una promesa de matrimonio debe sujetarse a la Ley nacional del sujeto en cuestión (art. 9.1 CC). Así, por ejemplo, en el caso *Guggenheim v. Rosenbaum*,<sup>160</sup> fallado por un tribunal de Sudáfrica, se cuestionó la capacidad legal de un varón para obligarse en virtud de una promesa de matrimonio. La cuestión era muy relevante, pues con arreglo a la Ley personal de dicho sujeto, que era la Ley de Nueva York, y visto que en tal Derecho no existe la promesa de matrimonio y no produce efecto jurídico alguno, resulta que el sujeto carecía de capacidad legal para formular una promesa matrimonial. Sin embargo, la Ley reguladora de la ruptura de la promesa, que en el caso concreto era la Ley de Sudáfrica, sí que admitía dicha capacidad<sup>160</sup>.

12. La capacidad para formular una promesa de matrimonio constituye una cuestión importante, pues algunos ordenamientos jurídicos admiten que la promesa de matrimonio la realice no sólo la persona que pretende contraer matrimonio con otra, sino un sujeto distinto como el padre del novio o novia. Pues bien, con F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, cabe afirmar que esta posibilidad debe ser calificada como una cuestión de capacidad para formular la promesa. Es, pues aplicable, la Ley nacional del sujeto prometido para saber si la promesa puede realizarla dicho sujeto o también otra persona en su nombre (art. 9.1 CC)<sup>161</sup>. De todos modos, muy claro quede quedar que una Ley que permite a un padre prometer el matrimonio de su hijo, por ejemplo, resulta radicalmente contraria al orden público internacional español (art. 12.3 CC), pues la promesa debe considerarse como un acto jurídico personalísimo.

## 3. Ley aplicable a la forma de la promesa de matrimonio

121. La Ley reguladora de la promesa de matrimonio, fijada con arreglo a los arts. 14 y 4 RR-II, no alcanza a la regulación de la forma de dicha promesa y de los esponsales<sup>162</sup>. Esta cuestión está

<sup>160</sup> E. SPIRO, "Breach of Promise (Based on *Guggenheim v. Rosenbaum*", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1962, vol. 11, n.1 (January 1962), pp. 260-266: "According to both English and South African law the proper law of the contract is the law of the country which the parties have agreed or intended or are presumed to have intended shall govern it; and in the case of a contract concluded in one country to be performed in another, it can be presumed, in the absence of an express term or any other indication to the contrary, that the proper law is the law of the latter (*lex loci solutionis*). Applying these principles, the learned judge found on the proved facts that the proper law of the contract to marry was the law of South Africa. The irresistible inference from all the facts appeared to the learned judge to be that both parties intended that the law of South Africa, where they were to rejoin one another as soon as possible and arrange to get married, should govern their contract, and that they could not possibly have intended that the New York law should apply to their relationship, for which conclusion the learned judge found strong support in the decision in *Hansen Dixon*".

<sup>161</sup> F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 2: Statuto personale e diritti reali*, 4ªed., Milano, 2016, p. 85: "Analogamente la disposizione dell'art. 81 cod. civ. in tema di capacità offre una forte sottolineatura del carattere assolutamente individuale e personale che per il nostro ordinamento deve rivestire la manifestazione di volontà di ciascuno degli interessati: indizio chiaro, ancora una volta, della necessità di invocare il limite dell'ordine pubblico in relazione ad una legge straniera in conformità alla quale nel caso di specie la promessa non provenisse direttamente dall'interessato ma per esempio dal genitore, senza che l'interessato gliene avesse conferito 'speciale incarico'. Ya antes, vid. E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. II, UTET, Torino, 1973, pp. 167-171, esp. p. 167: "Non è dubbio che la capacità a contrarre gli sponsali è stabilita dalla legge nazionale dei futuri sposi e, in caso di loro diversa cittadinanza, dalla legge nazionale di ciascuno di essi. Mentre la forma degli sponsali stessi cadrà sotto una delle leggi di cui all'art. 26". También, para Italia, vid. *inter alia*, R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, pp. 153-157: "Ne consegue che la promessa di matrimonio è regolata dalla legge dello Stato al quale appartengono le persone tra le quali essa interviene (art. 17 disp. prel.). Tale norma non si riferisce peraltro a tutti gli elementi dell'atto: ne sono escluse la capacità dei soggetti, nonché la forma che la promessa deve rivestire. Quanto alla capacità deve applicarsi la norma, contenuta nel medesimo art. 17, che riguarda la capacità di agire delle persone, con l'avvertenza che, trattandosi di rapporti di famiglia", así como P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-405: "La capacità dei promittenti sarà regolata dalla legge nazionale comune o dalla legge nazionale propria di ciascuno di essi". Para el Derecho internacional privado español, W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: "Si. en cambio, ambos contrayentes no fuesen católicos, se aplica a la forma de los esponsales de futuro el art. 11 Cc. y a la capacidad, la ley nacional de cada uno de los contrayentes, según el art. 9 Cc."

<sup>162</sup> Para Italia, vid. *inter alia*, R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, pp. 153-157: "Ne consegue che la promessa di matrimonio è regolata dalla legge dello Stato al quale appartengono le persone tra le quali essa interviene (art. 17

sujeta a la norma de conflicto específica sobre la forma, en particular, al art. 21 RR-II, como sugiere C. FOCARELLI<sup>163</sup>. El art. 21 RR-II indica que un acto jurídico unilateral relativo a una obligación extracontractual será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rige la obligación extracontractual o de la ley del país donde se haya celebrado el acto. Por tanto, el precepto abre la posibilidad de que la promesa sea válida en cuanto a la forma si se ajusta a la *Lex Loci Actus* aunque no se ajuste a la *Lex Causae* y viceversa. El citado art. 21 RR-II parece cubrir tanto la forma *ad probationem* como la forma *ad solemnitatem*. Dicho precepto hace inaplicable, para España, el art. 11 CC en general y el art. 11.2 CC en particular<sup>164</sup>.

**122.** Las exigencias formales de la promesa de matrimonio son relevantes. Por ello es importante fijar con atención la Ley aplicable a estos aspectos formales. En línea con lo afirmado por I. QUEIROLO, las cuestiones de validez formal están relacionadas con los requisitos formales para exteriorizar la voluntad del sujeto en su promesa de matrimonio, mientras que las cuestiones de existencia y validez sustancial están más bien relacionadas con la cuestión diferente de determinar los requisitos mínimos para calificar la promesa como “un acto jurídico existente”<sup>165</sup>.

Así, el Derecho italiano exige, para solicitar la indemnización por daños provocados por los gastos realizados y por las obligaciones contraídas con vistas al matrimonio, que la promesa de matrimonio conste por escrito, bien en documento público o privado o que se hayan publicado las amonestaciones matrimoniales (art. 81 *codice civile* italiano). Pues bien, si un varón español con residencia habitual en España efectúa promesa de matrimonio a ciudadana italiana con residencia habitual en Roma, y la promesa se realiza en Londres, la Ley que rige las consecuencias de la ruptura de dicha promesa es la Ley italiana. Es, en efecto, la Ley del lugar del daño (art. 4.1 RR-II). Pues bien, para poder exigir tal responsabilidad, es preciso que la promesa sea formalmente válida. A tal efecto, se considerará que la promesa es formalmente válida si se ajusta a las exigencias formales revistas en el Derecho italiano (*Lex Causae*) o bien a las recogidas en el Derecho inglés (*Lex Loci Actus*), como precisa el art. 21 RR-II. Si el art. 21 RR-II no existiera, podría sostenerse, como tradicionalmente y con acierto hizo la siempre sugerente doctrina italiana, que la forma *ad solemnitatem* de la promesa de matrimonio debe regirse por la Ley que rige la promesa misma<sup>166</sup>. A esa misma solución habría que llegar a través del art. 11.2 CC si la promesa de matrimonio no se regulase por el Reglamento Roma II. Sin embargo, no es el caso: los as-

---

*disp. prel.*) Tale norma non si riferisce peraltro a tutti gli element! dell'atto: ne sono escluse la capacità dei soggetti, nonché la forma che la promessa deve rivestire. Quanto alla capacità deve applicarsi la norma, contenuta nel medesimo art. 17, che riguarda la capacità di agire delle persone, con l'avvertenza che, trattandosi di rapporti di famiglia”. Del mismo modo, P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-405: “L'osservanza di determinate forme sarà retta dalla legge del luogo in cui l'atto si compie oppure, dovendosi fare applicazione dell'art. 9 delle preliminari o delle analoghe disposizioni di altre legislazioni, dalla legge nazionale comune dei contraenti”. Para España, W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: “Si, en cambio, ambos contrayentes no fuesen católicos, se aplica a la forma de los esposales de futuro el art. 11 Cc. y a la capacidad, la ley nacional de cada uno de los contrayentes, según el art. 9 Cc.”.

<sup>163</sup> C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, p. 94.

<sup>164</sup> Por analogía, *vid.* F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 2: Statuto personale e diritti reali*, 4ª ed., Milano, 2016, p. 86, así como C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, p. 94: “In mancanza di altre disposizioni si presume che l'art. 26 disciplini sia la sostanziale che la validità formale della promessa”. En consecuencia, el art. 21 RR-II evita que la forma de la promesa de matrimonio quede sujeta, necesariamente, a la Ley que regula el fondo de la misma.

<sup>165</sup> I. QUEIROLO, “Art. 21 Rome II Regulation”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *Rome II Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, pp. 611-616: “It should preliminary be recalled that the issue of the formal validity of unilateral acts is a different matter from the issue of substantial validity of such acts, which is governed by the law of the non-contractual obligation to which the unilateral act relates. In particular, issues of formal validity are connected to the formal requirements to externalize the will of the subject, while issues of existence and substantial validity are rather connected with the different issue of determining the minimum requirements to qualify the act as 'existing”.

<sup>166</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 374: “L'art. 26 non precisa se la legge richiamata debba disciplinare anche la forma richiesta dalla legge affinché la promessa produca i suoi effetti. A nostro giudizio, la risposta dev'essere positiva: la portata derogatoria che la promessa di matrimonio ha rispetto al fondamentale principio della libertà matrimoniale induce ad escludere che possa operare, nella materia in esame, quel favor validitatis che sta a fondamento di una disciplina speciale della forma dei contratti e di altri negozi giuridici”.

pectos formales de la promesa de matrimonio se rigen por la Ley a la que remite el art. 21 RR-II y dicho precepto permite salvar la validez formal de la promesa de matrimonio a través, como se ha indicado, de una conexión alternativa.

#### 4. Aplicación de la Ley reguladora de la reclamación por ruptura de la promesa de matrimonio

##### A) *Lex Causae* y segunda calificación

**123.** La Ley estatal aplicable a la reclamación tras la ruptura de la promesa de matrimonio, la *Lex Causae* indicará si la situación privada internacional presenta relevancia legal, cuál es su naturaleza jurídica y cuáles son los efectos jurídicos que produce. Esto es, una vez declara la aplicación a la promesa de matrimonio de un concreto Derecho estatal, dicha promesa es objeto de una “segunda calificación” (*califications en sous-ordre*) que se debe realizar con arreglo a tal Derecho aplicable al fondo de la cuestión jurídica suscitada (*Lex Causae*)<sup>167</sup>. En tal sentido, por ejemplo, si la norma de conflicto europea conduce al Derecho alemán porque en Alemania se ha producido el daño (art. 4.1 RR-II) y dicho ordenamiento jurídico considera que la promesa de matrimonio es una cuestión que pertenece al Derecho de familia, se calificará nuevamente la cuestión con arreglo al Derecho alemán y se aplicarán las normas germanas que regulan las cuestiones de Derecho de familia<sup>168</sup>.

##### B) Prohibición del reenvío tradicional y del reenvío de calificaciones

**124.** El Reglamento Roma II prohíbe todo reenvío<sup>169</sup>. Sea bienvenida esta prohibición, pues además de potenciar la seguridad jurídica, evita los intrincados problemas de reenvíos de calificaciones que

<sup>167</sup> La cuestión de la segunda calificación es clásica en Derecho internacional privado desde hace innumerables años. *Vid. inter alia*, B. ANCEL, “L’objet de la qualification”, *Journal de droit international Clunet*, 1980, vol.107, pp. 227-268; G. BARILE, “Qualificazione (Diritto internazionale privato)”, *AA.VV., Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXVIII, pp. 1-22; Ph. FRANCESKAKIS, “Qualifications”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakakis), vol.II, 1969, pp. 703-708; E. JAYME, “Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 17, 1976, pp. 93-109; E. RABEL, “Das Problem der Qualifikation”, *RabelsZ.*, 5, 1931, pp. 241-288 y *Revue critique de droit international privé*, 1933, pp. 1-62. Muy bien explicada la cuestión con ejemplos basados en la ruptura de la promesa de matrimonio aparece en D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, pp. 276-277: «*Mais soit une question de réparation du dommage résultant de la rupture de fiançailles. D’après la qualification française primaire, inspirée des solutions du droit c’est là, sauf controverse, un problème de responsabilité civile extracontractuelle, dépendant de la règle de conflit lex loci delicti. Admettons, en réservant la difficulté de localiser le délit ou le dommage, que la loi applicable, étrangère, classe la question dans le droit des contrats ou le droit familial. Appliquons-nous des règles étrangères traduisant une conception différente de celle qui nous a conduits à leur donner compétence? Il convient de répondre que la différence entre la qualification française primaire et la qualification étrangère secondaire ne constitue pas en soi une raison de rejeter cette dernière et la règle matérielle qu’elle indique. On ne saurait tout d’abord substituer aux règles étrangères que la qualification secondaire indique celles correspondant à notre qualification primaire, par exemple appliquer à une rupture de fiançailles survenue dans un pays X les règles de ce pays relatives à la responsabilité extracontractuelle, au lieu de ses dispositions de droit familial, seules applicables en l’occurrence, selon la loi X. Il faut ou bien appliquer les règles appropriées suivant le système étranger, ou bien renoncer à toute référence à ce système. En réalité, le contraste des qualifications primaire et secondaire peut refléter une différence des traitements matériels, français et étranger, de la question. Mais cette différence n’est pas non plus en soi une cause de rejet de la règle matérielle étrangère (sinon, il ne servirait jamais à rien de désigner une loi étrangère aux fins de régir un point de droit quelconque). Peu importe, en définitive, que la loi étrangère soumette les fiançailles à des règles familiales ou à des règles contractuelles, pourvu que, substantiellement, elle ne méconnaisse pas un principe jugé par nous fondamental (ici, le principe de la liberté du mariage). Au contraire, si la loi étrangère portait atteinte à un semblable principe, l’ordre public international français (que seul le contenu et non la classification d’une règle étrangère peut heurter) interviendrait et provoquerait son éviction.*»

<sup>168</sup> *Mutatis mutandis*, E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 218.

<sup>169</sup> Art. 24 RR-II: «*Exclusión del reenvío. Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.*»

se planteaban, con cierta frecuencia, en relación con los esponsales y la promesa de matrimonio, como escriben D. BUREAU / H. MUIR WATT y T. BALLARINO<sup>170</sup>. Así, explican M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, la ruptura de los esponsales se considera, en el Derecho internacional privado francés, como una cuestión de responsabilidad civil extracontractual, como sucede, según se ha visto, en Derecho europeo. Pues bien, la Ley aplicable es, por tanto, en Derecho internacional privado europeo, a falta de elección de Ley y de residencia habitual común de las partes, la Ley del lugar del daño (art. 4.1 RR-II). Por otro lado, el Derecho internacional privado alemán califica los esponsales y la promesa de matrimonio como una cuestión de estatuto personal, sujeta, por tanto, a la Ley nacional de las personas. Si el daño tiene lugar en Alemania y están implicados dos prometidos franceses, uno con residencia habitual en Francia y otro en Alemania, el Reglamento Roma II designará como aplicable al Derecho alemán. Éste, -sorpresa sorpresa-, califica la cuestión como atinente al estatuto personal. De ese modo, la norma de conflicto alemana reguladora del estatuto personal indica que es aplicable la ley nacional común de las partes. Con ello efectúa un reenvío de primer grado en favor del Derecho francés, debido a la diferencia de calificaciones entre los dos ordenamientos jurídicos<sup>171</sup>. Pues bien, al eliminar todo reenvío, en el ejemplo anterior, el art. 4.1 RR-II remitirá al Derecho alemán, ley del lugar del daño, y no se admitirá ninguna remisión en favor del Derecho francés o de cualquier otro que pueda efectuar el Derecho alemán por el motivo de que tal ordenamiento considere que la promesa de matrimonio debe ser calificada como una cuestión incluida en el «estatuto personal» de los prometidos.

### C) Orden público internacional y reclamaciones tras la ruptura de la promesa del matrimonio

#### a) Negación de la *actio matrimonialis*. Admisión e inadmisión de la demanda

**125.** El orden público internacional español presenta una incidencia notable en los casos de reclamaciones tras la ruptura de promesas de matrimonio cuando la cuestión queda sujeta a leyes extranjeras como resultado de la aplicación del Reglamento Roma II.

**126.** En primer lugar, resulta indudablemente contraria al orden público internacional español la aplicación de una Ley extranjera que pudiera imponer la obligación de contraer matrimonio derivada de una previa promesa de matrimonio. Así lo indica de manera unánime la doctrina española y extranjera<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome II Partie spéciale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), París, 2014, p. 114. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 706-707: “La qualificazione della rottura del fidanzamento fornita da ciascuna delle leggi applicabili non ha rilievo: il fatto può essere considerato, come nel diritto francese, un illecito civile e tuttavia, se uno dei fidanzati è francese, le relative norme avranno applicazione nel quadro della sua legge personale”.

<sup>171</sup> M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 248, n. 285: «Un exemple permettra de mieux comprendre ce problème, La rupture des fiançailles est regardée, en droit international privé français, comme une question de responsabilité civile extra-contractuelle. La loi applicable est en conséquence la loi du lieu de la rupture. En revanche, le droit international privé allemand y voit une question de statut personnel, qu’il soumet à la loi nationale. Si la rupture se produit en Allemagne entre deux Français, le droit français désignera le droit allemand qui renverra à la loi française, en raison de la divergence de qualifications entre les deux systèmes”. También en relación con un caso de reenvío de calificaciones, vid. E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. I: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 218.

<sup>172</sup> N. BOSCHERO, “Art. 26”, en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. Commentario, en *Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1149-1156; D. ANZILLOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, Athenaeum, 1918, p. 219; G. BOSCO, *Corso di diritto internazionale privato*, Castellani, 1939, p. 222; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 1962, p. 96; M. MIELE, *Scritti di diritto matrimoniale*, Cedam, 1964, p. 25; R. MONACO, *L’efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, 155; R. DE NOVA, “voce Matrimonio (promessa di), diritto internazionale privato”, *Novissimo Digesto italiano*, X, Utet, 1964, pp. 426-429; A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24; R. DE NOVA, “Gli sponsali in diritto internazionale privato”, *Il Foro Italiano*, 1955, vol. 78, N. 2, pp. 25-38. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, p. 94: “È da notare che la questione della promessa di matrimonio si pone soltanto rispetto al risarcimento dei danni, o al rimborso delle spese incorse ‘propter nuptias’, e alla restituzione dei doni in caso di inadempimento, e non rispetto all’ esecuzione in forma specifica della promessa, e cioè al matrimonio forzato, il quale ove fosse

En efecto, una Ley que así lo estableciera resulta contraria al principio fundamental de libertad conyugal, recogido en el Derecho europeo y español, ya que no existe matrimonio sin un consentimiento matrimonial libre e informado<sup>173</sup>. Una Ley estatal que obligara a la celebración del matrimonio vulneraría la libertad que es esencial al consentimiento matrimonial, por lo que daña de manera evidente y flagrante el orden público internacional español (art. 26 RR-II, art. 12.3 CC). Incluso el Código de Derecho canónico de 1917, cuya regulación de estas cuestiones había influido de manera decisiva en las legislaciones de muchos Estados europeos y de sudamericanos, había ya eliminado en su canon 1017 la obligación de contraer matrimonio tras una ruptura de promesa matrimonial, como recuerdan E. RABEL y M. DE LASALA LLANAS<sup>174</sup>. Esta postura ha sido confirmada por el canon 1062 del actual Código de Derecho canónico vigente desde el 25 enero 1983<sup>175</sup>.

**127.** Es curioso recordar, con H. CORNEJO CHÁVEZ y W. GOLDSCHMIDT, que una ley noruega de 31 mayo 1918 recogía el derecho de la novia embarazada a solicitar el matrimonio, esto es, la *actio matrimonialis*<sup>176</sup>. La aplicación en España de una Ley extranjera de dicho tenor resulta contraria al orden público internacional español, ya que vulnera la libertad de contraer matrimonio, derecho fundamental y principio básico del Derecho de familia español.

---

*ammesso da una legislazione straniera sarebbe contrario all'ordine pubblico italiano stante il principio fondamentale della libertà di sposarsi*". G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en "Trattato di diritto civile e commerciale", Giuffrè, Milano, 1974, pp. 173-174: "Si tratta dunque esclusivamente di una obbligazione 'ex lege'. Non solo, ma quelle conseguenze che discenderebbero direttamente dalla promessa, e avrebbero lo scopo di ottenere il mantenimento di questa, sono escluse dal nostro diritto in modo del tutto generale, per un principio di ordine pubblico, onde salvaguardare appieno la libertà dei promittenti, e pertanto non potrebbero sussistere da noi nemmeno in virtù di una legge straniera che la sancisse"; J.R. DE ORÚE Y ARREGUI, *Manual de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1952, p. 642: "Como curiosa diversidad, el derecho de la novia embarazada a solicitar el matrimonio (Ley noruega de 1918), en franca contradicción con nuestro orden público». Para el Derecho internacional privado alemán, ya a principios del siglo XX, vid. M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, Ed. Labor, Barcelona 1936, traducción de José Rovira y Ermengol, pp. 286-287: «En el Derecho de esponsales entra en juego el orden público (art. 30 de la Ley de Intr. al CCA): el juez alemán no puede aplicar una ley extranjera si con ello restringe mas de lo que permite la ley alemana la libertad de contraer matrimonio. En consecuencia, tampoco puede condenar a celebrar un matrimonio, ni siquiera en el caso de que el Derecho nacional de los novios admitiera tal juicio». P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-405: "... il principio della libertà del consenso al matrimonio mi sembra di così straordinaria importanza da dover essere assicurata nel territorio in confronto di tutti, cittadini e stranieri". D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, pp. 276-277: «Peu importe, en définitive, que la loi étrangère soumette les fiançailles à des règles familiales ou à des règles contractuelles, pourvu que, substantiellement, elle ne méconnaisse pas un principe jugé par nous fondamental (ici, le principe de la liberté du mariage). Au contraire, si la loi étrangère portait atteinte à un semblable principe, l'ordre public international français (que seul le contenu et non la classification d'une règle étrangère peut heurter) interviendrait et provoquerait son éviction».

<sup>173</sup> Vid. art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DOUE C 326 de 26 octubre 2012 [versión consolidada 2012]); art. 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979); art. 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre 1966; art. 45 CC. Vid. también art. 16 Declaración Universal de los Derechos humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 diciembre 1948.

<sup>174</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 216 nota [5]. M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 110-111: "Para los católicos españoles, además, no existe ya discrepancia entre el Derecho civil y el canónico; el canon 1.017 del Codex Juris Canonici, promulgado en 1917, abrogó realmente también la institución de los "esponsales", en cuanto ya no pueden dar lugar a ningún efecto, si la promesa se ha hecho privadamente, y sólo dan acción para la reparación de daños ante los Tribunales, dejando reducida al fuero de conciencia la obligación de contraer matrimonio, si la promesa se hizo en escritura suscrita por ambos contrayentes, por el párroco o por el ordinario, o, al menos, por dos testigos".

<sup>175</sup> Canon 1062 § del Código de Derecho canónico vigente desde el 25 enero 1983: "1. La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay. § 2. La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; pero si para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido".

<sup>176</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, "Los esponsales", *Revista Derecho PUCP*, 1949, n.9, pp. 11-25; W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed.Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: "El derecho de la novia embarazada a pedir el matrimonio, que. p. ej., concede la Ley noruega de 1918, infringe el orden público español (art. 11, párr. 3º, y art. 43)".

**128.** Por otra parte, la aplicación de una Ley extranjera que, de uno u otro modo, penaliza a una persona por no haber respetado su promesa de matrimonio resulta también “*manifestamente incompatible con el orden público*” español (art. 26 RR-II). Por ello, puede afirmarse que también es contraria al orden público internacional español la aplicación en España de una Ley extranjera que admitiera que deben pagarse daños y perjuicios como consecuencia de la ruptura de una promesa de matrimonio. E igualmente, resulta contraria al orden público internacional español la aplicación en España de una Ley extranjera que obligara a pagar una cláusula penal en dinero, pactada entre las partes, en el caso de que la persona que ha prometido contraer matrimonio rechace cumplir con su promesa. Es indudable que el principio de libertad nupcial se integra, en su máxima extensión, en el orden público internacional español y que tales pactos permitidos por una Ley extranjera, coartan la libertad nupcial, como ha indicado J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE<sup>177</sup>. De nuevo, puede afirmarse que, en ese caso, el principio fundamental de la libertad nupcial se vería vulnerado, como indica A. WEILL<sup>178</sup>. También contraria al orden público internacional español resulta la aplicación de una Ley extranjera que imponga un resarcimiento económico por el simple, solo y mero hecho de la ruptura de la promesa de matrimonio, esto es, aunque no se hayan verificado daños morales, personales, emocionales o patrimoniales. Uno de los principios cardinales del Derecho español de daños es que sin daño no hay responsabilidad civil. Además, en este caso, se puede afirmar que el resarcimiento económico impuesto al prometido que cambia de idea coarta su libertad nupcial.

**129.** Es oportuno preguntarse, visto el tenor de los arts. 42 y 43 CC, si se admitirá a trámite una demanda presentada ante los tribunales españoles fundada en un Derecho extranjero que persiga obligar a una persona a cumplir con su promesa de matrimonio, aunque posteriormente se falle contra dicha pretensión al considerar que la Ley extranjera que pudiera dar validez a tal pretensión fuera rechazada por resultar contraria al orden público internacional español. La cuestión debe responderse mediante un acercamiento analítico en buena dogmática jurídica. Así, debe recordarse que, en Derecho español, los requisitos para la admisión / inadmisión de las demandas son requisitos de carácter procesal, no sustantivo. En consecuencia, las condiciones y requisitos para admitir una demanda presentada ante los jueces españoles se rigen, en todo caso, por las normas procesales españolas (arts. 3, 403 y 247 LEC, art. 11 LOPJ). Es cierto que en Derecho procesal español no existe el llamado «juicio de accionabilidad», característico del Derecho alemán. No se examinan las demandas con carácter preliminar para averiguar si pueden o no tener buen fin, si están bien fundadas o no. Las demandas que cumplen con los requisitos procesales mínimos se admiten siempre. Ahora bien, este principio procesal básico conoce algunas excepciones y una de ellas es la recogida en el art. 42 CC [promesa de matrimonio]. De este modo, dicho precepto, aunque se halle en el Código civil, es una disposición de tipo procesal, por lo que se aplica a toda demanda que se presente ante tribunales españoles sea cual fuere el Derecho regulador del fondo. En conclusión, no se admitirá, en ningún caso, a trámite la demanda en que se pretenda el cumplimiento de una promesa de matrimonio, aunque dicha promesa se rija por un Derecho extranjero

<sup>177</sup> J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 88-116, esp. p. 94: “... bien entendido que, en todo caso, cualquiera que fuese la Ley extranjera aplicable el orden público nacional español impediría aplicar aquellas normas que fuesen contrarias a los artículos 42 y 43 del Código Civil vigente. Es decir, no tendrá aplicación una Ley extranjera que imponga la celebración del matrimonio prometido, o que admita el cumplimiento de estipulaciones que se hubieren hecho para caso de no celebración (por ejemplo, una cláusula penal), y, a nuestro parecer, tampoco sería de aplicación la Ley extranjera que concediese, a la parte demandante y perjudicada por la negativa, otros derechos o indemnizaciones que no sean los que se limiten a resarcir de los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido y no celebrado. Estos dos preceptos, creemos, marcan el límite del orden público, en consecuencia se estima que si una ciudadana alemana demandase en España la indemnización especial contra su novio por desfloración, nuestros tribunales no deberían aplicar el artículo 1.300 del BGB que la concede, en el supuesto de que el derecho alemán resultase aplicable”. En sentido opuesto, para el Derecho internacional privado alemán, vid. M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, Ed. Labor, Barcelona 1936, traducción de José Rovira y Ermengol, pp. 286-287: “En el Derecho de esponsales entra en juego el orden público (art. 30 de la Ley de Intr. al CCA): el juez alemán (...) no tiene derecho a declarar nulas las penas contractuales estipuladas”.

<sup>178</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Francescakis), vol.II, 1969, pp. 22-24: «L'exception d'ordre public empêcherait également que l'on puisse faire sortir effet à une clause pénale stipulée pour le cas où le mariage ne serait pas contracté».

que sí permite instar su cumplimiento. Sin embargo, una demanda basada en un Derecho extranjero en la que se reclama una indemnización por incumplimiento de una promesa de matrimonio se debe admitir si se ajusta los requisitos procesales fijados en las leyes españolas, aunque posteriormente la demanda pueda ser desestimada una vez acreditada la contrariedad del Derecho extranjero con el orden público internacional español.

## b) Restricciones a nuevos matrimonios

**130.** Interviene igualmente el orden público internacional español para rechazar la aplicación en España de una Ley extranjera que impida que un sujeto ligado por promesa de matrimonio o esponsales, pueda contraer matrimonio con un tercero/a, como sucedía en la antigua legislación sueca, precisa A. WEILL<sup>179</sup>.

## c) Indemnizaciones especiales

**131.** Como destaca J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, es contraria al orden público internacional español la aplicación en España de una norma extranjera que permitiera a una mujer solicitar, previa existencia de una promesa de matrimonio, una “indemnización especial contra su novio por desfloración”, como así se recogía en el antiguo art. 1300 BGB alemán<sup>180</sup>. Esta previsión legal es discriminatoria y atenta claramente contra la dignidad constitucional de la mujer.

**132.** Especial atención suscita el caso de la “seducción con promesa de matrimonio”, que constituía, hasta 1996, en Derecho italiano, un caso específico de responsabilidad civil extracontractual (art. 526 *codice penale italiano*)<sup>181</sup>. Este caso se rige por las normas generales del Reglamento Roma II<sup>182</sup>. También el Derecho serbio admite una acción civil tras una seducción con promesa de matrimonio que permite obtener una indemnización en este caso<sup>183</sup>. En ambos supuestos se trata de una responsabilidad civil por el que deriva del hecho mismo de la seducción unido al acto jurídico de la promesa de matrimonio. No es necesario que la víctima haya realizado gasto económico alguno. En la mayor parte de los casos, el lugar del daño se concreta en el país donde tiene la residencia habitual persona seducida.

---

<sup>179</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis), vol.II, 1969, pp. 22-24: «Dans certaines législations, les fiançailles constituent un empêchement au mariage avec une tierce personne; ainsi, en Suède, l'état de fiancé, quand les fiançailles ont été célébrées régulièrement, constitue un obstacle au mariage avec un tiers».

<sup>180</sup> J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 088-116, esp. p. 94: “... en consecuencia se estima que si una ciudadana alemana demandase en España la indemnización especial contra su novio por desfloración, nuestros tribunales no deberían aplicar el artículo 1.300 del BGB que la concede, en el supuesto de que el derecho alemán resultase aplicable”.

<sup>181</sup> Art. 526 *codice penale italiano*: “Seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata. Chiunque, con promessa di matrimonio, seduce una donna minore di età, inducendola in errore sul proprio stato di persona coniugata, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. Vi è seduzione quando vi è stata congiunzione carnale”. Este precepto fue derogado por el art. 1 de la Legge de 15 febbraio 1996, n. 66.

<sup>182</sup> A. SARAVALLE, “Articolo 26”, en *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato legge 31 maggio 1995 n. 218, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1043-1046: “Talora, invece, la rottura del fidanzamento non determina solo una domanda di restituzione dei doni o di risarcimento delle spese effettuate propter nuptias, ma anche una domanda di risarcimento per seduzione con promessa di matrimonio. In questo caso, la promessa di matrimonio diventa un presupposto della seduzione che, secondo la costante giurisprudenza della Suprema Corte, costituisce un illecito civile. Occorre, pertanto, distinguere le due fattispede: la promessa di matrimonio e le sue conseguenze saranno assoggettate alla legge personale dei nubendi, o in mancanza alla lex fori, mentre la seduzione e le sue conseguenze devono essere regolate dalla legge richiamata dall'art. 62 della presente legge”.

<sup>183</sup> *Vid.* referencias al texto legal citado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/439/00/PDF/G0943900.pdf?OpenElement>

#### d) Leyes extranjeras que permiten reclamar daños morales y emocionales

**133.** La cuestión de saber si el orden público internacional español debe operar para evitar la aplicación en España de una Ley extranjera que permite reclamar “daños morales” o “emocionales” derivados de una ruptura de promesa matrimonial es realmente controvertida.

**134.** Podría pensarse que tales leyes resultan contrarias al orden público internacional español. en efecto, en Derecho español, el daño emocional derivado de la no celebración del matrimonio no puede ser indemnizado en modo alguno. La decisión de una persona de no contraer matrimonio es una decisión lícita que deriva de la libertad humana de contraer matrimonio o no contraerlo. Esa decisión puede provocar un daño emocional a otra persona, pero se trata de un daño lícito y, por tanto, no indemnizable. Así lo ha estimado la STS 16 diciembre 1996<sup>184</sup>. En Derecho material español, pues, no hay acción para reclamar por los daños emocionales derivados de la ruptura de una promesa de matrimonio, porque toda persona tiene derecho a cambiar de opinión antes de contraer matrimonio y a decidir que no quiere contraer dicho matrimonio a pesar de haber prometido que iba a contraer matrimonio. En Derecho español, el único daño indemnizable consiste en haber realizado gastos y haber contraído obligaciones en consideración al matrimonio prometido: es un daño económico, un daño patrimonial, no un daño emocional o sentimental. En Derecho español, a pesar de mediar una promesa de matrimonio, los corazones rotos no se indemnizan, es un riesgo al que todo ser humano se halla expuesto en la vida. Podría, pues pensarse, que constituye un principio fundamental del Derecho español de daños la no indemnización de daños exclusivamente sentimentales, porque castigar tales daños con una indemnización por daños y perjuicios vulneraría el principio de libertad nupcial de la persona. El Derecho español, puede subrayarse, es abiertamente hostil a penalizar todo daño moral que sea consecuencia de la libre decisión de no contraer matrimonio. Por tanto, podría afirmarse que, en efecto, la aplicación en España de una Ley extranjera que obligara a pagar daños morales o emocionales derivados de la no celebración del matrimonio resulta contraria al orden público internacional español, como muy bien subraya P. FEDOZZI<sup>185</sup>.

**135.** Sin embargo, la perspectiva anterior olvida que varios aspectos. En primer lugar, el Derecho español está abierto a indemnizar, en ciertos casos, los daños derivados de la ruptura de una promesa de matrimonio. En segundo lugar, el principio fundamental del Derecho español en esta materia consiste en que nadie puede ser castigado por no contraer matrimonio con persona determinada. En tercer lugar, es la presencia de la promesa de matrimonio el elemento clave: la promesa de matrimonio genera una confianza en la celebración del matrimonio, una confianza que una persona destruye. Las Leyes extranjeras que conceden daños morales o emocionales derivados de la ruptura de una promesa de matrimonio no castigan a una persona por haber cambiado de opinión y no querer ahora contraer matrimonio. Estas leyes extranjeras sólo permiten reclamar indemnizaciones por daños morales y emocionales cuando el sujeto ha creado una expectativa razonable en otro sujeto mediante una promesa de matrimonio y luego ha

<sup>184</sup> STS 16 diciembre 1996 [ECLI: ES:TS:1996:7256]: “... no puede desconocerse pese al incorrecto planteamiento de los motivos (porque no respetan los hechos probados devenidos firmes) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código civil, ya que estima “gastos hechos” y “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”, conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquellos y estos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento (...) desde luego el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones. Los demás daños son reparables, conforme al artículo 1.902 del Código civil, invocado entre los reguladores de la culpa extracontractual en los fundamentos jurídicos de la demanda...”.

<sup>185</sup> P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-405: “D'altra parte l'obbligo del risarcimento, limitato dal nostro art. 54 alle spese fatte per causa del promesso matrimonio, è così profondamente diverso da quello di corrispondere un'indennità per danni da non potere argomentare la liceità di quest'ultimo dalla liceità del primo. L'obbligo di pagare le spese non costituirà certo una remora a mantenere la propria libertà matrimoniale, mentre può ben assumere questo carattere l'obbligo di risarcire tutti i danni derivanti dalla rottura della promessa”.

roto su promesa y con ello ha causado daños emocionales y morales a la otra persona. Téngase presente que la promesa de matrimonio es una declaración de voluntad seria, firme, sólida. Es una declaración formal, no una mera afirmación de querer contraer matrimonio, es una “promesa”. El legislador español ha regulado esta cuestión, -una cuestión de legalidad ordinaria-, de modo que no permite solicitar daños morales y emocionales derivados de esa ruptura de la promesa de matrimonio. Sin embargo, una Ley extranjera que concede daños en este caso no vulnera el principio de libertad nupcial porque lo que tales leyes castigan, como se ha dicho, no es que una persona decida no casarse con otra persona, sino haber roto una promesa de matrimonio que había hecho nacer expectativas razonables en la otra parte y, con ello, haber causado un daño moral y emocional a otra persona. Por tanto, debe admitirse que no existe en Derecho español un principio de orden público internacional que niegue las indemnizaciones como consecuencia de la ruptura de la promesa de matrimonio en los casos de daños morales o emocionales<sup>186</sup>.

### e) Leyes extranjeras que impiden reclamar daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio

**136.** También controvertida es la cuestión de decidir si resulta contraria al orden público internacional español la aplicación en España de una Ley extranjera que impida reclamar los daños económicos sufridos injustamente tras la ruptura de una promesa de matrimonio y que permita, por tanto, que una persona se beneficie del daño ilícito causado a otra, indica G. OBERTO<sup>187</sup>. La cuestión resulta dudosa y requiere un acercamiento analítico.

En la jurisprudencia alemana, la sentencia del Kammergericht (Alemania) de 11 enero 1939, citada por E. RABEL, declara expresamente que la Ley estadounidense que niega todo tipo de daños y perjuicios en favor de una persona que ha sido seducida con promesa de matrimonio no es contraria al orden público internacional alemán, aunque en Derecho alemán sí que exista acción para reclamar dichos daños y perjuicios<sup>188</sup>. En el mismo sentido se ha expresado, también en la doctrina alemana, M. WOLFF, pese al parecer recogido en una antigua sentencia del OLG de Colonia de 1926 que, sin razón o motivo claro según el autor citado, indicó que debe excluirse la aplicación de leyes extranjeras cuando no concedan indemnización por ruptura de esponsales<sup>189</sup>.

Ponderados los elementos anteriores, corresponde a la Ley extranjera reguladora del supuesto a tenor del Reglamento Roma II decidir qué daños son ilícitos e indemnizables y hasta qué punto y qué daños no lo son. Varios argumentos apoyan esta afirmación. En primer lugar, debe respetarse la seguridad jurídica que proporcionan las normas de conflicto europeas (Cons. 14 RR-II). En principio, la regla general es que la ley que rige las obligaciones extracontractuales se rigen por la ley estatal designada por el Reglamento Roma II<sup>190</sup>. En segundo lugar, la intervención del orden público internacional es excep-

<sup>186</sup> Vid. P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato: Teorie generali e diritto civile*, Cedam, Padova, 1939, pp. 402-405: “... e d'altra parte ammettendo l'indennità, sia pure entro ristretti confini, il nostro legislatore ha mostrato di non attribuire un carattere immorale alla domanda d'indennità genericamente considerata”, cuya argumentación, realizada para el Derecho italiano, es válida también para el Derecho español.

<sup>187</sup> G. OBERTO, “La promessa di matrimonio”, en VV.AA. *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da I. ZATTI, Famiglia e matrimonio, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 325-330.

<sup>188</sup> E. RABEL, *The conflict of laws: A comparative study. Vol. 1: Introduction: Family Law*, 2ª ed., Ann Arbor, The university of Michigan press, Chicago, Callaghan & company, 1958, pp. 215-221, esp. p. 219: “The decision of the Kammergericht of 1939 (supra n. 6), declares expressly that the American statute denying a claim for seduction of a betrothed woman is not contrary to the international public policy of the court, though contrary to the German Civil Code”. Vid. también W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pp. 227-229: “El derecho a pedir indemnización por injustificada resolución de los esponsales de futuro pertenece al orden público alemán, su denegación al orden público holandés”. Vid. igualmente, G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Berlin, 1932 (reprint 2016), De Gruyter (Verlag), § 255.

<sup>189</sup> M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, Ed. Labor, Barcelona 1936, traducción de José Rovira y Ermengol, pp. 286-287: “¿Deberá, por el contrario, excluirse la aplicación de leyes extranjeras cuando no concedan indemnización por ruptura de esponsales? Así lo sostiene OLG de Colonia Leipzig, 1926, 602”.

<sup>190</sup> Considerando (14) RR-II: “La exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en casos individuales son elementos esenciales en un área de justicia. El presente Reglamento establece los factores de conexión más apropiados

cional y no puede invocarse cada vez que un Derecho extranjero regule una cuestión de Derecho Privado de modo diferente al Derecho español. Por ello, en este caso, parece adecuado invocar el orden público internacional español para evitar la aplicación de un Derecho extranjero que conceda indemnizaciones por no haber respetado una promesa de matrimonio.

### f) Leyes extranjeras que imponen indemnizaciones elevadas y daños punitivos

137. Cabe preguntarse también si una Ley extranjera que admita indemnizaciones muy elevadas como consecuencia de la ruptura de la promesa de matrimonio resulta contraria al orden público internacional español. En el contexto del Derecho internacional privado alemán, M. WOLFF sostuvo que en ese caso debe intervenir el orden público internacional del foro<sup>191</sup>. A estos efectos cabe diferenciar dos supuestos.

En primer lugar, debe indicarse que cuando se trata de leyes extranjeras que permiten reclamar daños en cuantía más elevada que la que habría que conceder según la Ley española por ruptura de la promesa de matrimonio, no existe contrariedad alguna con el orden público internacional español. Éste admite, es evidente, la reparación del daño causado como eje fundamental del Derecho de daños, como ya señalara hace años R. MONACO<sup>192</sup>. Por tanto, no debe intervenir el orden público internacional español si una Ley extranjera permite reclamar los daños sufridos en una cantidad superior o inferior a la que establece el Derecho español.

En segundo lugar, cuando se trata de pagar indemnizaciones punitivas como consecuencia del daño producido tras una ruptura de matrimonio, en realidad, el supuesto no es distinto de otros en los que se ha juzgado la contrariedad con el orden público internacional español de Leyes extranjeras que admiten la imposición de los llamados “daños punitivos” propios de algunos Estados de *Common Law*. En principio, el Tribunal Supremo español se ha mostrado favorable a la aplicación, en España, de Leyes extranjeras que admiten tales daños punitivos y a la ejecución en España, de sentencias extranjeras que imponen tales daños (ATS 13 noviembre 2001; STS 13 enero 2015; también AAP Barcelona 4 octubre 2019)<sup>193</sup>. El Considerando (32) RR-II señala que “*en particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*”. A la vista del art. 26 RR-II, del Cons. (32) RR-II y de la jurisprudencia española dominante, cabe, pues afirmar que el juez español puede aplicar una ley extranjera que conceda daños punitivos por la ruptura de una promesa de matrimonio si se supera un “triple test jurídico” de legitimidad de la Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos: un test de “moderación-exceso de los daños punitivos”, un test de “oportunidad de los daños punitivos excesivos” y un test de “vinculación espacial” del supuesto fáctico como ha explicado la doctrina española<sup>194</sup>.

---

*para conseguir dichos objetivos. Por ello, el presente Reglamento establece una regla general pero también reglas específicas y, en algunas disposiciones, una «cláusula de escape» que permite apartarse de estas reglas cuando se desprenda claramente de todas las circunstancias del caso que el hecho dañoso está manifiestamente más vinculado con otro país. Este conjunto de reglas crea de esta manera un marco flexible de normas de conflicto de ley. Del mismo modo, permite al órgano jurisdiccional competente tratar los casos individuales de forma adecuada”.*

<sup>191</sup> M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, Ed. Labor, Barcelona 1936, traducción de José Rovira y Ermengol, pp. 286-287: “*En el Derecho de esponsales entra en juego el orden público (art. 30 de la Ley de Intr. al CCA): el juez alemán (...) no tiene derecho a declarar nulas las penas contractuales estipuladas. Tampoco puede conceder los amplios derechos de indemnización que el Derecho inglés reconoce a la novia abandonada*”.

<sup>192</sup> Para Italia, *vid. inter alia*, R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, 1964, pp. 155-156: “*Invece deve ritenersi che non cada sotto il limite dell'ordine pubblico l'eventuale disposizione straniera che ammette, in caso di rottura della promessa, il risarcimento dei danni in misura più estesa di quella stabilita dalla legge italiana, e ciò per il motivo che il principio del risarcimento, sia pure in limiti ristretti, è riconosciuto anche dalla legge italiana*”.

<sup>193</sup> ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; STS 13 enero 2015 [ECLI:ES:TS:2015:181]; AAP Barcelona 4 octubre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:7550A].

<sup>194</sup> Así lo indica de modo expreso el citado AAP Barcelona 4 octubre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:7550A]. El sistema del

### g) Leyes extranjeras que permiten la ruptura de la promesa de matrimonio

**138.** No hay vulneración alguna del orden público internacional español en el caso de que la Ley extranjera permita la ruptura de unos esponsales o contratos matrimoniales obligatorios para los novios o de una promesa de matrimonio obligatoria según el Derecho extranjero. Dicha ruptura significa que cesa la obligación de contraer matrimonio que nacía de dicho acuerdo, de modo que no se produce ningún efecto contrario al orden público internacional español<sup>195</sup>.

### 6. Rechazo de la consideración de los arts. 42 y 43 CC como leyes de policía

**139.** Resulta también preciso destacar que la regulación jurídica civil española de los esponsales y de la promesa de matrimonio no constituye un conjunto de leyes de policía, pese a lo sugerido en el pasado por algunos autores, como M. DE LASALA LLANAS y J.G. VERPLAETSE, con cierta confusión y falta de sistemática<sup>196</sup>. El art. 16 RR-II indica que las disposiciones del citado 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 obligación extracontractual”.

Debe entenderse por “normas imperativas”, pese al silencio del Reglamento Roma II al respecto, lo mismo que se entiende en el ámbito del Reglamento Roma I (art. 9.1 RR-I). Indica la STJUE 31 enero 2019, C-149/18, *Dekra*, FD 27-28 que: “una disposición cuya observancia considera esencial un Estado para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable”<sup>197</sup>. Son disposiciones legales de aplicación e interpretación estricta que defienden “un interés que el Estado miembro de que se trate considera esencial” (STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar*, FD 50)<sup>198</sup>. Para averiguar si una disposición legal reviste tal carácter “esencial” debe procederse a un “análisis detallado de sus términos, de su estructura general, de sus objetivos y del contexto en que se haya adoptado”. La importancia de dicha disposición en el ordenamiento jurídico nacional del foro debe ser tal que justifique “apartarse de la ley aplicable designada de conformidad con el art. 4 RR-II” (STJUE 31 enero 2019, C-149/18, *Dekra*, FD 31 [accidente de circulación en España entre vehículo portugués y vehículo español])<sup>199</sup>.

---

triple test había ya sido sugerido por cierta doctrina. *Vid. inter alia*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado español y europeo” (Capítulo 8), en M.J. HERRADOR GUARDIA (Coordinador), *Derecho de Daños*, Ed. Aranzadi, 2013, pp. 383-464; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Accidentes aéreos y forum non conveniens. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, pp. 307-321; I. LORENTE MARTÍNEZ, “El Tribunal Supremo y los daños punitivos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 249-258; P. MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, *Daños punitivos el “patito feo” de la responsabilidad civil*, Fe d’erratas, Madrid, 2016; P. SALVADOR CORDECH, “Punitive Damages”, *Indret*, septiembre 2001; M. REQUEJO ISIDRO, “Punitive damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965”, *Revista española de Derecho internacional*, 1996-II, pp. 71-98.

<sup>195</sup> En este sentido, *vid.* Decreto Corte Apello Torino 23 diciembre 2010, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 478 [sentencia siria que procede a la ruptura del compromiso matrimonial “*ktab ktab*” propio del Derecho sirio].

<sup>196</sup> M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 110-111: “El código civil, aceptando este criterio prohibitivo, establece una regla de orden público internacional, que, por consiguiente, no sólo es obligatoria para los españoles, “aunque residan en el extranjero (ley personal art. 9 u orden publico interno), sino también para los extranjeros en España, como ley “prohibitiva” de orden moral o costumbres” (párrafo tercero del art. 11)”. También oscuro y desordenado, con mezcla de calificación familiar de la cuestión y de aplicación de leyes de policía resulta el texto de J.G. VERPLAETSE, *Derecho internacional privado*, Ed. Estades, Madrid, 1954, p. 406: “Es de orden publico, asimismo, la prohibición y nulidad de los esponsales de futuro. La acción de indemnización y de resarcimiento del art. 44 del Código civil se rige por la Ley nacional en cuanto a los españoles. pero, en cuanto a los extranjeros en España, hay que tener en cuenta, a más de la Ley nacional, el Derecho español como ley de policía y seguridad, que abarca la responsabilidad”.

<sup>197</sup> STJUE 31 enero 2019, C-149/18, *Agostinho da Silva Martins vs. Dekra Claims Services Portugal, S.A.*, [ECLI:EU:C:2019:84].

<sup>198</sup> STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar NV vs. Navigation Maritime Bulgare*. [ECLI:EU:C:2013:663].

<sup>199</sup> STJUE 31 enero 2019, C-149/18, *Agostinho da Silva Martins vs. Dekra Claims Services Portugal, S.A.*, [ECLI:EU:C:2019:84].

140. El legislador español no ha establecido un ámbito de aplicación espacial específico de la regulación jurídica española de la promesa de matrimonio. No impone su aplicación a casos internacionales. Dicha regulación no parece esencial para la salvaguardia de los sus intereses públicos, para la organización política, social o económica española.

## 7. Ruptura de la promesa de matrimonio y obligación natural

141. Es oportuno preguntarse, con A. WEILL, acerca del caso que se suscita cuando el «*fiancé récalcitrant*» haya realizado un pago a la otra parte como compensación por su negativa a contraer matrimonio<sup>200</sup>. En ciertos Derechos estatales este caso se califica como una obligación natural, de modo que el sujeto que ha versado tal cantidad ya no puede reclamarla a la víctima. Las llamadas “obligaciones naturales” (*naturalis obligatio*: *vid.* entre otros, art. 1901 CC), surgen de la voluntad de una persona frente a otra sin que dicha obligación nazca de la Ley al margen de la voluntad de la persona. Así, el auxilio económico prestado por una persona a otra tras romper su promesa de matrimonio, presenta un carácter contractual. La persona ha querido entregar una cantidad a otra y lo ha hecho porque libremente así lo ha considerado. La Ley reguladora de esta obligación se determina con arreglo al Reglamento Roma I<sup>201</sup>. De ese modo, la Ley aplicable a la cuestión de saber si una persona que recibe una compensación entregada por el sujeto que rompió una promesa de matrimonio debe devolverla o no, se rige por la Ley elegida por el sujeto pagador, (art. 3.1 RR-I) y en su defecto, se regula por la Ley del país de la residencia habitual de dicho sujeto, que es el prestador característico (art. 4.2 RR-II).

## 8. Donaciones por razón de matrimonio y ruptura de la promesa de matrimonio

142. En este contexto, debe practicarse una distinción entre donaciones entre prometidos o personas unidas por una relación sentimental y donaciones que tiene lugar una vez realizada la promesa de matrimonio.

143. Las primeras donaciones, esto es, aquéllas que cubren los regalos, bienes y cantidades monetarias intercambiadas entre personas que se profesan afecto y que van a contraer matrimonio, pero entre las que no existe una promesa de matrimonio, deben ser calificadas, desde el punto de vista del Derecho europeo, como “obligaciones contractuales”. Estos regalos, estas donaciones, son obligaciones que surgen de compromisos libremente asumidos por una persona. La Ley aplicable a estas donaciones se fija con arreglo al Reglamento Roma I. Si los regalos y otras donaciones se realizan entre cónyuges, habrá que distinguir. En el caso de que tales donaciones se realicen en el marco del régimen económico de los cónyuges, es aplicable el Reglamento 2016/1003. Si se trata de donaciones realizadas al margen del régimen económico matrimonial, es aplicable el Reglamento Roma I, como ha indicado doctrina autorizada<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp. 22-24.

<sup>201</sup> *Vid.* un caso de obligación natural de naturaleza contractual en la sentencia Trib. Bologna (Italia) 9 noviembre 2015 [transferencia de suma monetaria de sociedad panameña a persona física italiana] (<https://aldricus.files.wordpress.com/2016/05/sentenza-lex-panamense.pdf>). Sobre la Ley aplicable a las obligaciones naturales *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, vol. III, 2020, pp. 3679-3674.

<sup>202</sup> En tal sentido, con matices muy sugerentes, *vid.* N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a las donaciones internacionales”, *CDT*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 100-116; L. GARCÍA-ÁLVAREZ, “Las donaciones entre cónyuges en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, n.2, vol. 11, pp. 430-474; N. GOÑI URRIZA, *Las donaciones en Derecho internacional privado*, Aranzadi, Navarra, 2020; L. FUMAGALI, “La convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 589-606; P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997-I, pp. 63-90; G. PASSARELLI, “Donation: short notes between Italian Civil Law and EU Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 476-482; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre la competencia

**144.** Las segundas donaciones, esto es, las donaciones y regalos realizados una vez que existe una promesa de matrimonio entre los prometidos deben analizarse a partir de una opción de la que dispone la persona que regaló bienes a su prometido. Así lo entiende, con carácter general, la STJUE 24 noviembre 2020, C-59/19, *Wikingerhof*, FD 26 *in fine*<sup>203</sup>. En primer lugar, si el demandante reclama la devolución de los bienes donados al prometido que rompió su promesa de matrimonio y basa su petición en las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias*, como por ejemplo, que no se ha celebrado el matrimonio en el año siguiente a la donación (en Derecho español: art. 1242 CC), la reclamación presenta un claro carácter contractual. La Ley aplicable a dicha reclamación se fija con arreglo al Reglamento Roma I y ser, normalmente la Ley elegida por el donante y en su defecto la ley del país de su residencia habitual (art. 4.2 RR-I), salvo que se trate de donación de inmueble, caso en el que se aplicará la Ley del país de situación del mismo (art. 4.1.c) RR-I). En segundo lugar, si el perjudicado acciona contra el demandado y solicita la devolución de los regalos y se basa en que creyó en las palabras de la promesa de matrimonio y en que, por ello, éste se iba a celebrar, la reclamación de las cantidades empleadas en los bienes donados al otro prometido y/o a terceros presenta un claro carácter extracontractual. Como indican T. BALLARINO / A. BONOMI y N. BOSCHIERO, en este caso, las donaciones y regalos realizados una vez que existe una promesa de matrimonio pueden ser considerados como “gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”, en palabras del art. 43 CC<sup>204</sup>. En este caso, la obligación de resarcir de estos gastos y obligaciones post-promesa de matrimonio surge de la Ley, no de la declaración de promesa de matrimonio y es una obligación, por tanto, extracontractual. El Reglamento Roma II determinará, según lo expuesto, la ley aplicable a la revocación de tales donaciones.

## VI. Reflexiones finales

**145.** El análisis de la regulación jurídica de la promesa de matrimonio en Derecho internacional privado revela varios datos importantes.

En primer lugar, puede destacarse que no existe institución jurídica, por extraña o anacrónica que parezca, cuyo estudio no aporte elementos interesantes. En este sentido, la promesa de matrimonio nunca ha desaparecido de modo completo en Occidente y la globalización la ha traído de nuevo al primer plano de la escena judicial.

---

judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009-II, pp. 320-327. Ya antes del Reglamento Roma I, con extrema lucidez, *vid.* A. WEILL, “Fiançailles”, *Encyclopedie Dalloz droit international*, Paris, 1968-69 (*dir. Ph. Franceskakis*), vol.II, 1969, pp. 22-24.

<sup>203</sup> STJUE 24 noviembre 2020, C-59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG vs. Booking.com BV* [ECLI:EU:C:2020:950] FD 26: “Por lo que respecta, en primer lugar, a la sistemática del Reglamento n. 1215/2012, este se basa en la regla general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, mientras que las reglas de competencia especial previstas en particular en su artículo 7 constituyen excepciones a esa regla general y, en cuanto tales, deben interpretarse en sentido estricto (...) y son mutuamente excluyentes en la aplicación de ese Reglamento”; FD 28: “Por lo que respecta, en segundo lugar, a los objetivos del Reglamento n.º 1215/2012, del considerando 16 de este se desprende que las reglas de competencia especial a las que puede acogerse el demandante en virtud, por una parte, del artículo 7, punto 1, del citado Reglamento y, por otra, del artículo 7, punto 2, del mismo Reglamento fueron introducidas teniendo en cuenta la existencia, en las materias contempladas en esas disposiciones, de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre una demanda y el órgano jurisdiccional al que puede someterse esta, o bien para facilitar la buena administración de justicia (...); FD 29: “Por lo tanto, procede considerar que la aplicabilidad del artículo 7, punto 1, del Reglamento n. 1215/2012 o del artículo 7, punto 2, de este depende, por un lado, de la elección del demandante de acogerse o no a alguna de esas reglas de competencia especial y, por otro lado, del examen, por parte del órgano jurisdiccional al que se somete el asunto, de las condiciones específicas establecidas en dichas disposiciones”; FD 30: “A este respecto, cuando un demandante invoca una de las citadas reglas, es necesario que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto compruebe si las pretensiones del demandante son, independientemente de su calificación en el Derecho nacional, de naturaleza contractual o, por el contrario, de naturaleza delictual o cuasidelictual en el sentido del antedicho Reglamento”.

<sup>204</sup> N. BOSCHIERO, “Art. 26”, en S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1149-1156; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 374: “La legge designata dall’art. 26 è chiamata a regolare la promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione: vi rientrano tutte le questioni relative alla restituzione dei doni o al risarcimento dei danni, all’entità del danno risarcibile, alle conseguenze della colpa uno dei nubendi, al termine prescrizione”.

En segundo lugar, la promesa de matrimonio plantea, una vez más, su problema más agudo: la calificación jurídica de esta institución jurídica. Un examen del estado actual del Derecho internacional europeo permite concluir que los estos litigios derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio deben ser considerados como supuestos de obligaciones extracontractuales. En consecuencia, la competencia judicial internacional debe ser decidida con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis y en su defecto, según los foros recogidos en la LOPJ en dicha materia. En especial, el art. 7.2 RB I-bis permite demandar tanto en el país donde la promesa de matrimonio se quiebra, como en el país donde la promesa produce daños personales y/o patrimoniales. La teoría de la ubicuidad es invencible.

En tercer lugar, por lo que hace referencia a la Ley aplicable a los daños derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio, el Reglamento Roma II entra en acción. A falta de elección de Ley, será aplicable la ley del país de residencia habitual común de las partes. Y en ausencia de dicha residencia habitual común, es aplicable la Ley del lugar del daño. En la inmensa mayoría de los casos, el lugar del daño se localiza en el país de la residencia habitual de la víctima.

**146.** Más allá de las soluciones de Derecho positivo, el estudio de la promesa de matrimonio en Derecho internacional privado pone de relieve que una mayor dosis de dogmática jurídica en el análisis jurídico siempre conduce a resultados más justos. Ello es particularmente necesario en estos casos, en los que realidades sociales procedentes de escenarios sociales lejanos penetran en Occidente. El choque de valores y la diversa concepción de las instituciones jurídicas, hacen que resulte preciso argumentar mejor a fin de convencer al oponente en la discusión jurídica. Porque convencer significa “vencer con” dicho oponente. No se trata de persuadir, sino de exponer los argumentos jurídicos de un modo razonable, de forma que otros juristas puedan aceptar los puntos de vista adoptados y todos venzan juntos. En esta perspectiva, los principios de seguridad jurídica, previsibilidad de la Ley aplicable, solución eficiente de los conflictos de Leyes y protección de las expectativas sensatas de la víctima de la ruptura de la promesa de matrimonio son los baluartes sobre los que un discurso jurídico adquiere su fortaleza más acabada.

# L'OMOGENITORIALITÀ TRA ASPIRAZIONE E DIRITTO – NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 230/2020 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

## HOMOGENITORIALITY BETWEEN ASPIRATION AND LAW – REMARKS ON JUDGEMENT N. 230/2020 OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT

ILARIA AQUIRONI

*Assegnista di ricerca in Diritto internazionale  
Università degli Studi di Ferrara*

Recibido: 16.06.2021 / Aceptado: 07.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6249>

**Riassunto:** Una recente sentenza della Corte costituzionale offre lo spunto per riflettere sull'evoluzione giurisprudenziale italiana in materia di omogenitorialità, nonché per mettere in luce gli insoddisfacenti esiti cui la giurisprudenza perviene in assenza di una disciplina normativa organica in materia. Le soluzioni giurisprudenziali sin qui adottate fanno sì che il grado di tutela offerto dall'ordinamento italiano nei confronti del minore nato attraverso il ricorso alle tecniche procreative medicalmente assistite vari a seconda di fattori del tutto secondari rispetto all'obiettivo, primario, di tutela del suo superiore interesse. Non si discosta da tale rilievo la sentenza n. 230 del 2020, criticabile per la cautela mostrata dalla Corte costituzionale; per il *vulnus* alla tutela del superiore interesse del minore legato alla variabilità della garanzia offerta a seconda del luogo di nascita e dalla tecnica procreativa impiegata; per la portata differenziata del limite dell'ordine pubblico che di fatto corrobora; nonché per il perdurante impiego dell'insoddisfacente istituto dell'adozione in casi particolari quale strumento teso ad instaurare un legame tra genitore intenzionale e figlio minore.

**Parole chiave:** fecondazione eterologa, Corte costituzionale, omogenitorialità, riconoscimento degli *status*, formazione dell'atto di nascita, filiazione, maternità surrogata, adozione in casi particolari.

**Abstract:** A recent judgement of the Italian Constitutional Court serves as a basis to rethink on the evolution of the Italian jurisprudence concerning homogenitoriality, as well as to highlight the unsatisfactory results achieved, absent any omni comprehensive legislation on the issue. The judicial decisions adopted are such that the degree of protection accorded by the Italian legal system to the child born through the use of assisted reproductive technology depends on rather secondary factors compared to the primary goal of ensuring the best interests of the child. In this sense, Judgement no. 230 of 2020 of the Italian Constitutional Court is no different: critical remarks can be raised due to the cautious approach adopted by the Court; the *vulnus* to the protection of the best interests of the child, linked to the dependence of the degree of protection accorded to the child on the place of his or her birth, and on the assisted reproductive technique used; the variable extent of the public policy exception; and the still prevailing use of the “adoption in particular cases” as a (unsatisfactory) means to establish a legal relationship between the intended parent and the child.

**Keywords:** heterologous fertilization, Italian Constitutional Court, homogenitoriality, status recognition, issuance of the birth certificate, legal parent-child relation, surrogate motherhood, adoption in particular cases.

**Sommario:** I. Rilievi introduttivi – II. La fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia – III. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità – IV. L'orientamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2020 – V. Considerazioni critiche – 1. L'eccessiva cautela mostrata dalla Corte costituzionale – 2. Il vulnus alla tutela del superiore interesse del minore – 3. La portata differenziata del limite dell'ordine pubblico – 4. I limiti dell'istituto dell'adozione in casi particolari – VI. Conclusioni.

## I. Rilievi introduttivi

1. Nell'epoca contemporanea si assiste ad una trasformazione del concetto di genitorialità, nel senso di una ridefinizione dei suoi confini<sup>1</sup>: alla filiazione biologica, difatti, si affianca sempre più di frequente un'idea di genitorialità c.d. “sociale” o “di intenzione”.

2. Le ragioni sottese a questo fenomeno sono molteplici, ancorché latamente riconducibili entro due osservazioni.

Per un verso, il progresso tecnico-scientifico ha interessato anche l'area medica e, nel quadro di quest'ultima, l'ambito della procreazione medicalmente assistita. Tale evoluzione ha consentito ad un numero crescente di single o di coppie – tanto omosessuali quanto eterosessuali – di fare ricorso a tecniche procreative che, attraverso il coinvolgimento di soggetti estranei alla coppia (siano essi donatori di gameti o madri surrogate), tendono al superamento dei limiti fisiologici o patologici connessi alla filiazione esclusivamente biologica<sup>2</sup>.

Per altro verso, la società civile appare sempre più sensibile ed attenta verso le istanze di riconoscimento giuridico, e dunque di tutela, promosse dalla comunità LGBT. Nel quadro di tali istanze, si inscrivono anche quelle tese al soddisfacimento di un progetto familiare e del desiderio di genitorialità che prescindano dal requisito esclusivamente biologico della diversità di sesso tra i genitori.

3. A fronte di tali situazioni, i diversi ordinamenti giuridici nazionali hanno dato vita ad una pluralità di discipline, più o meno organiche, tese tanto a regolamentare la legittimità delle tecniche riproduttive in parola, quanto ad assicurare il riconoscimento dei legami che ne derivano<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si veda, in questo senso, O. FERACI, “Ai confini della genitorialità ovvero sulla maternità surrogata commerciale in assenza di legami genetici tra genitori intenzionali e figli”, in A. SACCUCCI (a cura di), *Paulo Pinto de Albuquerque, I diritti umani in una prospettiva europea, Opinioni dissenzienti e concorrenti (2016-2020)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 271-280, p. 271; ID., “Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: Riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, 2015, pp. 420-439, p. 421.

<sup>2</sup> Si parla, in particolare, per le coppie di sesso femminile, di *fecondazione eterologa* allorché nell'utero di una delle due donne componenti la coppia venga impiantato un ovocita dell'altra donna o di una donatrice anonima, fecondato con il seme di un donatore anonimo. Anche le coppie eterosessuali fanno sovente ricorso alla fecondazione eterologa: in questo senso, l'ovocita di una donatrice viene impiantato nell'utero della partner della coppia, dopo essere stato fecondato con il seme del coniuge o di un donatore. Le coppie di sesso maschile, per contro, ricorrono alla surrogazione di maternità, tecnica invero capace di suscitare importanti interrogativi bioetici e sociali, ancor prima che giuridici. In questa prospettiva, si parla di *maternità surrogata tradizionale* allorché la madre surrogata sia la madre genetica del nato; la tecnica sottende un contratto tra i genitori committenti e una donna fertile, la quale acconsente all'inseminazione artificiale con seme di uno dei committenti o di un donatore anonimo, e alla gestazione, impegnandosi a rinunciare, al momento del parto, alla responsabilità genitoriale sul nato. È definita *maternità surrogata gestazionale* quella forma di gestazione per altri, comunque regolata attraverso un contratto, in cui non vi sono legami genetici tra la madre surrogata e il bambino, essendo l'ovocita prelevato da una donatrice, fecondato *in vitro* – vuoi con seme vuoi di uno dei committenti, vuoi di donatore anonimo – e solo successivamente impiantato nell'utero della madre surrogata per la prosecuzione della gestazione. Gli accordi sottesi a ciascuna delle due forme di maternità surrogata possono essere *commerciali* o *altruistici*: nel primo caso, alla madre surrogata spetta un compenso economico mentre, nel secondo caso, la madre surrogata porta a termine la gravidanza a titolo essenzialmente gratuito, essendole esclusivamente dovuto un indennizzo per le spese sostenute durante la gravidanza e per il parto. Sulle implicazioni internazionalprivatistiche della procreazione medicalmente assistita, si veda C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>3</sup> Per una ricognizione dei diversi approcci adottati in seno agli Stati membri dell'Unione europea in relazione alla pratica della maternità surrogata, si veda DG FOR INTERNAL POLICIES - POLICY DEPARTMENT - CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, pp. 200-351, disponibile sul sito [www.europarlamento.eu](http://www.europarlamento.eu). Si veda inoltre, in generale, K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *General Report on Surrogacy*, in K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (a cura di), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 441 ss.

4. L'ordinamento italiano, dal canto suo, rimane o ancorato a parametri normativi restrittivi o del tutto silente tanto rispetto alle nuove frontiere delle tecniche riproduttive assistite, quanto alle istanze di riconoscimento e tutela degli *status* familiari che ne discendono.

Da un lato, se la legge 40/2004<sup>4</sup> rimane tuttora l'unico tentativo di dar vita ad una disciplina normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita, occorre rammentare che le tecniche riproduttive assistite ivi contemplate sono fruibili esclusivamente da coppie di sesso diverso<sup>5</sup>. In altre parole, nell'ordinamento italiano, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita rimane appannaggio esclusivo di quelle coppie, composte da individui di sesso diverso, che non riescano a soddisfare il proprio desiderio di genitorialità a causa di impedimenti di natura patologica, ovverosia derivanti da infertilità o sterilità. Ciò, essenzialmente, in ragione della funzione eminentemente terapeutica attribuita dal legislatore italiano alle tecniche procreative medicalmente assistite.

D'altra parte – e in risposta solo parziale alle istanze di riconoscimento e tutela promosse dalla comunità LGBT – solamente nel 2016 il legislatore italiano è pervenuto ad una regolamentazione delle unioni civili omosessuali<sup>6</sup>. La c.d. 'Legge Cirinnà', tuttavia, disciplina esclusivamente il rapporto tra i partner dell'unione civile e i diritti e doveri nascenti dalla stessa<sup>7</sup>, senza però riconoscere il legame genitoriale tra la coppia e i figli eventualmente nati attraverso le tecniche procreative assistite, o nei confronti di eventuali figli del partner.

5. L'insufficiente sostrato normativo causa, da un lato, la proliferazione del c.d. turismo riproduttivo<sup>8</sup>, ovverosia di quelle particolari forme di esercizio della mobilità transnazionale tese ad avere accesso a tecniche procreative altrimenti vietate o disciplinate in maniera più restrittiva nell'ordinamento di origine.

Dall'altro lato, ed in connessione con il profilo poc'anzi indicato, nel silenzio del legislatore si moltiplicano le pronunce giurisprudenziali di merito, di legittimità e costituzionali, tese a rispondere alle istanze di stabilimento o riconoscimento della filiazione avvenuta a seguito del ricorso alle diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita. Nell'arco di poco più di un quinquennio, le sole Corti di legittimità e costituzionale hanno reso non meno di dieci pronunce tese, ciascuna, a fornire un tassello del complessivo mosaico in tema di omogenitorialità.

6. Una recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 230 del 2020<sup>9</sup>, offre lo spunto per riflettere sull'evoluzione giurisprudenziale italiana in materia di stabilimento della filiazione omogenito-

<sup>4</sup> Legge n. 40/2004, del 19 febbraio, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", in *G.U.* 24 febbraio 2004, n. 45. Si vedano, *ex multis*, R. VILLANI, *La procreazione assistita: la nuova Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Torino, Giappichelli, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>5</sup> In particolare, l'Articolo 5 della legge 40/2004, nell'indicare i requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche procreative medicalmente assistite, precisa che possono accedervi "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". Occorre inoltre precisare che, in Italia, la pratica della maternità surrogata è vietata, oltre che penalmente sanzionata, dall'Articolo 12, comma 6, della legge 40/2004 alla luce del quale "(c)hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

<sup>6</sup> Legge 76/2016, del 20 maggio, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", in *G.U.* 21 maggio 2016, n. 118. Si veda, *ex multis*, E. DE GÖTZEN, "Recognition of same-sex marriages, overcoming gender barriers in Italy and the Italian law no. 76/2016 on civil unions. First remarks", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 2, pp. 194-208.

<sup>7</sup> Si veda, a titolo meramente esemplificativo, l'Articolo 1, comma 11 della legge n. 76/2016, ai sensi del quale "(c)on la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni".

<sup>8</sup> Sulle implicazioni internazionalprivatistiche del tema del turismo riproduttivo, si vedano D. SINDRES, "Le tourisme procréatif et le droit international privé", in *Journal du droit international*, 2015, pp. 429-504; H. FULCHIRON, "La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale", in *Journal du Droit International*, 2012, pp. 563-588; J.-J. LEMOULAND, "Le tourisme procréatif", in *Actualité du droit international privé de la famille*, 2000, pp. 24-33.

<sup>9</sup> Corte costituzionale, 20 ottobre 2020, depositata 4 novembre 2020, n. 230, in *G.U.* 11 novembre, n. 46, disponibile sul sito della Corte costituzionale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

riale e sulle implicazioni che ne conseguono, nonché per mettere in luce gli insoddisfacenti esiti cui la giurisprudenza perviene, in mancanza di una disciplina normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita e riconoscimento degli *status* che ne derivano.

7. Tali soluzioni – vale la pena anticiparlo sin d'ora – fanno sì che il grado di tutela offerto dall'ordinamento italiano nei confronti del minore nato attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita vari a seconda di fattori del tutto secondari rispetto all'obiettivo, primario, di tutela del suo superiore interesse.

8. Dopo una breve ricostruzione della vicenda da cui trae origine la sentenza in commento, il presente scritto si propone di ripercorrere le principali pronunce giurisprudenziali rese dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale in materia di omogenitorialità. Infine, l'analisi della decisione n. 230 del 2020 resa dalla Corte consentirà di mettere in rilievo, per un verso e da un punto di vista formale, le criticità dell'approccio “a mosaico” sin qui adottato e, per altro verso e da un punto di vista sostanziale, le contraddizioni cui tali decisioni pervengono.

## II. La fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia

9. La questione di legittimità costituzionale trae origine dalla vicenda di due donne italiane unite civilmente, recatesi all'estero al fine di ricorrere, l'una con il consenso dell'altra, alla fecondazione eterologa, pratica generalmente vietata in Italia<sup>10</sup> e in ogni caso preclusa alle coppie dello stesso sesso<sup>11</sup>. La nascita del figlio, avente un legame genetico solamente con una delle due donne, era avvenuta in Italia. A fronte del rifiuto opposto dall'Ufficiale di Stato civile di indicare nel certificato di nascita tanto la madre biologica quanto la madre intenzionale, e dell'indicazione da parte dello stesso della sola madre partorienti, le due donne avevano instaurato dinanzi al Tribunale di Venezia un procedimento di volontaria giurisdizione, chiedendo la rettificazione dell'atto di nascita<sup>12</sup>.

10. Il Tribunale di Venezia, non ritenendo di poter aderire all'orientamento giurisprudenziale che sostiene un'interpretazione evolutiva del quadro normativo esistente, aveva deciso di sollevare una questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale.

Con l'ordinanza di rimessione n. 108 del 2019<sup>13</sup>, il Tribunale di Venezia aveva dunque sottoposto al vaglio della Corte costituzionale l'Articolo 1, comma 20 della legge 76/2016<sup>14</sup>, nella parte in cui limita la tutela delle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai soli diritti e doveri nascenti dall'unione

<sup>10</sup> La preclusione nei confronti della procreazione medicalmente assistita era incondizionata nella versione originaria dell'Articolo 4, comma 3, della legge 40/2004. La norma è stata tuttavia dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, depositata il 10 giugno 2014, n. 162 in *G.U.* 18 giugno 2014, p 1 ss., nella parte in cui proibiva il ricorso a tale tecnica riproduttiva nel caso in cui fosse stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Sulla sentenza, si vedano, C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri costituzionali: il ruolo creativo della giurisprudenza”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516; S. TONOLO, “Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, pp. 1123-1147.

<sup>11</sup> Cfr., *supra*, nota 5.

<sup>12</sup> Il ricorso era stato promosso ai sensi dell'Articolo 95 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 396/2000, del 3 novembre, “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127”, in *G.U.* 30 dicembre 2000, n. 303.

<sup>13</sup> Tribunale di Venezia, sez. II civile, Ordinanza del 3 aprile 2019, in *G.U.* 10 luglio 2019, n. 28, pp. 60 ss.

<sup>14</sup> L'Articolo 1, comma 20, della l. 76/2016 testualmente dispone: “Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

civile, e l'Articolo 29, comma 2, del D.P.R. 396/2000<sup>15</sup>, nella parte in cui limita la possibilità di indicare il nome del solo genitore legittimo, nonché di quelli che rendono o hanno dato il consenso ad essere nominati, e non anche alle donne tra loro unite civilmente e siano ricorse all'estero alla procreazione medicalmente assistita.

**11.** Secondo il Tribunale di Venezia, il combinato disposto delle due norme in parola sarebbe in contrasto con l'Articolo 2 della Costituzione<sup>16</sup>, nella misura in cui, essendo le norme sulla procreazione medicalmente assistita non applicabili alle coppie di donne unite civilmente, non consentono, per queste ultime, la realizzazione del “diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo che nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità”<sup>17</sup>.

**12.** Sussisterebbe inoltre un contrasto con l'Articolo 3, primo e secondo comma<sup>18</sup>, a causa della disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e il reddito, nella misura in cui impedisce il riconoscimento del legame genitoriale tra il genitore d'intenzione e il figlio, allorché quest'ultimo sia nato in Italia, mentre consente la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato all'estero, regolarmente ivi redatto e contenente l'indicazione di ambedue le madri. Le summenzionate norme darebbero luogo ad una discriminazione anche nei confronti del nato, atteso che, in osservanza al principio di uguaglianza, dovrebbe essere garantita a tutti i nati uguale tutela, di fatto prescindendo dalle caratteristiche – omosessuale o eterosessuale – della relazione tra i genitori<sup>19</sup>.

**13.** Le predette norme sarebbero inoltre in contrasto con l'Articolo 30<sup>20</sup>, sia in favore degli adulti che del nato, in quanto non rispetterebbero il principio di tutela della filiazione, per il quale, secondo il Tribunale di Venezia, sarebbe opportuna una concezione progressista della stessa, che imporrebbe di discostarsi da una dimensione meramente “naturalistico-fattuale”, per lasciare spazio all'affermazione di un “diritto pretensivo”, realizzabile attraverso le tecniche di procreazione medicalmente assistita e limitabile solo in vista di un bilanciamento con interessi aventi pari rango<sup>21</sup>.

**14.** Esisterebbe, secondo il giudice rimettente, anche un contrasto con l'Articolo 117 primo comma<sup>22</sup>, in relazione all'Articolo 24, paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, agli Articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e all'Articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, che imporrebbero la tutela del diritto alla bigenitorialità<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'Articolo 29, comma 2, del D.P.R. 396/2000, “(n)ell'atto di nascita sono indicati il luogo, l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori del figlio nato nel matrimonio nonché di quelli che rendono la dichiarazione di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e di quelli che hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell'articolo 35”.

<sup>16</sup> Ai sensi dell'Articolo 2 della Costituzione “(l)a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

<sup>17</sup> Si veda, sul punto, il § 3. II., lett. a) dell'Ordinanza di rimessione, spec. p. 65.

<sup>18</sup> L'Articolo 3 della Costituzione prevede che “1. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. 2. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

<sup>19</sup> Cfr. il § 3. II., lett. b) dell'Ordinanza di rimessione, p. 66. Secondo il Tribunale di Venezia, la disparità di trattamento causata dalle norme in discorso è evidente “laddove privilegia chi dispone dei mezzi economici non solo per concepire, ma anche per far nascere il figlio all'estero e richiedere, con ormai sicuro successo, la trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero”.

<sup>20</sup> Il primo comma dell'Articolo 30 prevede che “(è) dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”.

<sup>21</sup> Si veda, sul punto, il § 3. II., lett. c) dell'Ordinanza di rimessione, p. 66.

<sup>22</sup> Ai sensi del primo comma dell'Articolo 117, “(l)a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. La disposizione rappresenta la clausola generalizzata di rispetto degli obblighi internazionali, ed è stata introdotta nell'ordinamento italiano con la legge di revisione costituzionale n. 3 del 2001.

<sup>23</sup> Cfr. Ordinanza di rimessione, § 3. III., p. 66.

15. Per il Tribunale di Venezia, è un “principio internazionale definitivamente acquisito quello secondo cui il matrimonio non rappresenta il *discrimen*” nei rapporti tra genitori – i quali hanno diritto a veder soddisfatto il proprio desiderio di genitorialità anche oltre il limite imposto dalla natura – e i figli, i quali hanno diritto al medesimo grado di tutela, a prescindere dalla forma del legame sussistente tra coloro che ne hanno assunto la genitorialità.

Il combinato disposto tra il comma 20, dell'Articolo 1 della legge 76/2016 e il comma 2 dell'Articolo 29 del D.P.R. n. 396/2000 pregiudicherebbe – secondo il Tribunale rimettente – alcuni diritti inviolabili della persona. In particolare, “il diritto alla genitorialità e il diritto alla procreazione nell'ambito di una unione civile legalmente riconosciuta nell'ordinamento interno” sarebbero compromessi; i cittadini sarebbero discriminati “in ragione del loro orientamento sessuale ed in considerazione delle condizioni patrimoniali in cui versano le coppie”; e verrebbe introdotto “un irragionevole divieto basato su discriminazioni per ragioni legate all'orientamento sessuale della coppia”<sup>24</sup>.

16. In assenza – come anticipato – di un quadro normativo organico in materia, la piena comprensione della decisione della Corte costituzionale presuppone una ricognizione delle più recenti pronunce giurisprudenziali, tanto di legittimità quanto costituzionali, in materia di procreazione medicalmente assistita e riconoscimento degli *status* che ne derivano. Solo, difatti, la sintetica delineazione dei vari tasselli giurisprudenziali sin qui resi dalle giurisdizioni superiori consentirà di ricomporre l'elaborato mosaico in materia.

### III. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità

17. Il primo tassello è rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione, n. 12962 del 2016<sup>25</sup>, riguardante un caso di *stepchild adoption*, ovvero sia di adozione da parte di una donna del figlio minore della partner omosessuale – madre biologica del nato – con essa stabilmente convivente e con cui aveva condiviso il progetto genitoriale.

Con tale pronuncia, la Corte ha legittimato il ricorso all'adozione in casi particolari, ai sensi dell'Articolo 44, comma 1, lett. d), della legge 184/1983<sup>26</sup>, per le coppie omosessuali, ovvero sia anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, stante l'esistenza di un genitore biologico che si prende cura del minore e la conseguente impossibilità di dichiarare quest'ultimo in stato di abbandono.

L'istituto, pertanto, secondo la Cassazione, può trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore a vedersi riconosciuto il rapporto genitoriale instauratosi con il genitore sociale, pur avente lo stesso sesso del genitore biologico.

18. Con le sentenze n. 19599 del 2016<sup>27</sup> e n. 14878 del 2017<sup>28</sup>, la Corte di Cassazione è invece pervenuta – tramite la valorizzazione del principio del superiore interesse del minore – ad assicurare la

<sup>24</sup> Si veda il § 4. dell'Ordinanza di rimessione, p. 68.

<sup>25</sup> Su tale pronuncia, si veda L. VIZZONI, “La Cassazione conferma la *stepchild adoption* della minore da parte della partner omosessuale della madre biologica”, in *Familia*, 2016, disponibile su [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it).

<sup>26</sup> Legge 4 maggio 1983, n. 184, in *G.U.* 17 maggio 1983, n. 133. Ci si soffermerà sui tratti essenziali dell'istituto dell'adozione in casi particolari, nonché sui limiti del suo impiego nei casi di omogenitorialità, *infra*, par. 52 ss.

<sup>27</sup> Corte di cassazione, prima sezione, sentenza 21 giugno 2016, n. 19599/2016, depositata il 30 settembre 2016. Sulla pronuncia, si veda O. FERACI, “Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 1599/2016”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 169-181. L'Autrice rileva criticamente che la sentenza rappresenta “un *revirement* giurisprudenziale rispetto all'impostazione classica sulla natura e sul funzionamento del limite internazionalprivatistico dell'ordine pubblico”, nel senso di una sua costituzionalizzazione. In favore, invece, di una visione costituzionalmente orientata dell'ordine pubblico, si veda F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 29-61.

<sup>28</sup> Corte di cassazione, prima sezione, sentenza 26 ottobre 2016, n. 14878, depositata il 15 giugno 2017, alla luce della quale l'ordine pubblico in tema di atti di stato civile “attiene ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo”; di conseguenza, “la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l'ordine pubblico (art. 18 del d.P.R. n. 396/2000) (nell'accezione anzidetta) per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti tale fattispecie”. Si veda, sul punto, F. SALERNO, “La costituzionalizzazione”, *cit.*, p. 50.

tutela della continuità transnazionale dello *status* di figlio legittimamente acquisito all'estero, garantendo la trascrivibilità in Italia, in quanto non contrastante con l'ordine pubblico internazionale, di atti di nascita validamente formati all'estero sulla base del diritto locale, contenenti l'indicazione di ambedue i componenti di una coppia omosessuale femminile.

**19.** La Corte costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2017<sup>29</sup>, si è invece occupata di maternità surrogata, in particolare ribadendo il divieto – sanzionato penalmente – di ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita, in quanto potenzialmente lesiva della dignità della donna e della tenuta delle relazioni umane.

In questa prospettiva, la Corte ha legittimato la menzione nell'atto di nascita del nome della madre surrogata, anziché di quello del genitore intenzionale, nell'ottica dell'interesse del minore nato attraverso il ricorso a tale pratica a conoscere la propria identità.

**20.** La compatibilità della maternità surrogata con il limite dell'ordine pubblico è stata oggetto anche della sentenza della Corte di cassazione, n. 12193 del 2019<sup>30</sup>, con cui le Sezioni Unite hanno negato il riconoscimento dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero a seguito del ricorso a tale tecnica procreativa medicalmente assistita.

Secondo la Corte, il divieto di maternità surrogata costituisce un principio di ordine pubblico, posto a presidio tanto della tutela della dignità umana, quanto dell'istituto dell'adozione. In questa prospettiva, la Corte ha ribadito che il rapporto genitoriale di intenzione può trovare riconoscimento attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, disciplinato dall'Articolo 44, comma 1, lett. d) della legge 184/1983<sup>31</sup>.

**21.** Sempre nel 2019, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 221<sup>32</sup>, ha respinto le censure di illegittimità costituzionale rivolte ad alcuni Articoli<sup>33</sup> della legge 40/2004, indicando che l'esclusione dalla procreazione medicalmente assistita delle coppie formate da due donne non dà vita ad una ingiustificata disparità di trattamento tra coppie omosessuali ed eterosessuali.

In particolare, la Corte ha sancito l'inesistenza di un "diritto a procreare", tenendo in considerazione, per un verso, la funzione delle tecniche procreative medicalmente assistite – ovverosia quella di porre rimedio a forme di infertilità o sterilità patologiche – e, per altro verso, "la struttura del nucleo familiare delle tecniche in questione" – ossia quello caratterizzato dalla presenza di un padre ed una madre.

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sentenza 22 novembre 2017 n. 272, depositata il 18 dicembre 2017, in *G.U.* 20 dicembre 2017, n. 51, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza, si veda, G. MATUCCI, "La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, vol. 2, 2018; G. BARCELONA, "La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, vol. 3, 2018. Ambedue i contributi sono disponibili su [www.forumcostituzionale.it/](http://www.forumcostituzionale.it/).

<sup>30</sup> Sulla sentenza, si vedano F. MARONGIU BUONAIUTI, "Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 2, pp. 294-305; O. FERACI, "La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte de cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019 tra 'costituzionalizzazione attenuata' e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore" in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 1137-1151. Secondo l'Autrice, le Sezioni Unite hanno fornito fornendo una rilettura del limite dell'ordine pubblico, nell'ottica di una costituzionalizzazione attenuata e della complementarità delle fonti internazionali e sovranazionali ai fini della ricostruzione dello stesso.

<sup>31</sup> Si veda, *infra*, parr. 52 ss.

<sup>32</sup> Corte costituzionale, sentenza 19 giugno 2019 n. 221, depositata il 23 ottobre, in *G.U.* 30 ottobre 2019, n. 44, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla pronuncia, si vedano, *ex multis*, M. PICCHI, "Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, vol. 2, 2020, pp. 143-165, disponibile su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); U. SALANITRO, "A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale", ne *Le nuove leggi civili commentate*, vol. 1, 2020, pp. 206-219; M. TRAPANI, "Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale", in *dirittifondamentali.it*, fasc. 2, 2020, pp. 804-827, disponibile su [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

<sup>33</sup> Le censure erano rivolte, in particolare, agli Articoli 5, 12, commi 2, 9 e 10, nonché all'Articolo 1, commi 1 e 2, e 4 della legge 40/2004, per asserito contrasto con gli Articoli 2, 3, 11, 31, comma 2, 31, comma 1 e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha inoltre rammentato la pronuncia della Corte EDU<sup>34</sup> secondo cui non può essere ritenuta causa di una ingiustificata disparità di trattamento, rilevante ai fini degli Articoli 8 e 14 della Convenzione, una legge nazionale che riservi l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita esclusivamente alle coppie eterosessuali sterili, attribuendole dunque una finalità terapeutica, non essendo la situazione di infertilità fisiologica della coppia omosessuale comparabile con quella patologica delle coppie eterosessuali.

**22.** Nella sentenza n. 237 del 2019<sup>35</sup>, la Corte costituzionale si è pronunciata in relazione alla vicenda di una madre gestazionale cittadina statunitense e una madre intenzionale cittadina italiana. Quest'ultima aveva espresso il proprio consenso alla fecondazione eterologa avvenuta in Danimarca con seme di un donatore anonimo. Il Tribunale rimettente aveva sollevato una questione di legittimità in relazione all'impossibilità di formare in Italia un atto di nascita in cui siano riconosciute come genitori di un minore straniero due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge straniera applicabile. Secondo il giudice rimettente, la legge del Winsconsin – richiamata ai sensi dell'Articolo 33 della legge 218/1995<sup>36</sup> in quanto legge nazionale del figlio, cittadino statunitense – considera genitore anche chi ha dato l'assenso alla fecondazione eterologa.

La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile, a causa della non precisa individuazione dell'oggetto della domanda, ovverosia del contenuto della norma di applicazione necessaria della cui compatibilità con i precetti costituzionali si faceva questione.

Sotto un diverso profilo, nella sentenza in parola, riprendendo quanto già chiarito nella sentenza 221 del 2019 in relazione alla legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, la Corte ha inoltre precisato che la legge n. 76/2016 in materia di unioni civili non consente di pervenire a conclusioni diverse: pur riconoscendo dignità giuridica e sociale alle coppie costituite da individui dello stesso sesso, non consente la filiazione, né adottiva né per fecondazione assistita, in loro favore<sup>37</sup>.

**23.** Da ultimo, con la sentenza del 3 aprile 2020, n. 7668<sup>38</sup>, la Corte di cassazione ha stabilito che non può trovare accoglimento la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, attraverso l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza acconsentito alla procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero, poiché per le persone dello stesso sesso vige, nell'ordinamento italiano, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva.

#### IV. L'orientamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2020

**24.** La ricostruzione giurisprudenziale sin qui delineata consente, ora, di meglio comprendere le ragioni sottese alla pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità rimessa alla Corte costituzionale da parte del Tribunale di Venezia.

<sup>34</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 marzo 2013, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07, parr. 68 ss.

<sup>35</sup> Corte costituzionale, sentenza 21 ottobre 2019 n. 237, depositata il 15 novembre 2019, in *G.U.* 20 novembre 2019, n. 47, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). A commento della sentenza si veda A. CANNONE, "Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie *same-sex*: norme di applicazione necessaria?", in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 2, 2020, pp. 563-568.

<sup>36</sup> Secondo l'Articolo 33 della legge 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato, "1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita".

<sup>37</sup> Si veda, in particolare, il par. 3.1.1. della sentenza n. 237 della Corte costituzionale.

<sup>38</sup> Corte di cassazione, prima sezione, sentenza 3 aprile 2020 n. 7668. Sulla sentenza si veda R. TREZZA, "P.M.A. all'estero e nascita in Italia: ha diritto di essere menzionata nell'atto di nascita soltanto la madre biologica e non anche quella intenzionale", in *Famiglia*, 2020, disponibile sul sito [www.rivistafamiglia.it](http://www.rivistafamiglia.it). Sia inoltre permesso il richiamo al post "Sulla rettificazione dell'atto di nascita attraverso l'indicazione del nome della madre intenzionale a seguito di procreazione medicalmente assistita", pubblicato su *AldricusBlog*, [www.aldricus.giustizia.it](http://www.aldricus.giustizia.it)

**25.** In particolare, la Corte ha ritenuto corretta premessa esegetica dalla quale muoveva il giudice *a quo*. Non è difatti possibile, secondo la Corte, superare in via interpretativa l'ostacolo – rappresentato dal dato testuale dell'Articolo 5 della legge 40/2004 – che consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita esclusivamente alle coppie di sesso diverso, “atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita”.

**26.** Dopo aver rammentato le precedenti sentenze n. 221<sup>39</sup> e n. 237 del 2019<sup>40</sup>, nonché la sentenza n. 7668/2020 della Corte di cassazione<sup>41</sup>, la Corte costituzionale ha sancito che gli Articoli 2, 3 e 30 della Costituzione, nonché i parametri convenzionali ed europei richiamati per il tramite dell'Articolo 117, primo e secondo comma, non autorizzano “l'auspicato ‘riconoscimento delle donne omosessuali civilmente unite quali genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra’”<sup>42</sup>.

**27.** Secondo la Corte, inoltre, nonostante l'ampio dibattito che ha preceduto l'adozione della legge 76/2016, il legislatore italiano ha comunque scelto di non riferire le norme sulla filiazione delle coppie omosessuali, di fatto sottendendo la “non [...] arbitraria o irrazionale idea, già richiamata nella sentenza n. 221 del 2019, secondo cui la “famiglia *ad instar naturae* – due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenta, in linea di principio, il ‘luogo’ più idoneo ad accogliere e crescere il nuovo nato”, non violando gli Articoli 2 e 30 della Costituzione<sup>43</sup>.

**28.** La Corte ha altresì ribadito l'inesistenza di un diritto fondamentale alla genitorialità. In particolare, secondo la Consulta, la libertà della filiazione, garantita dall'Articolo 30 della Costituzione, deve essere nondimeno bilanciata “con altri interessi costituzionalmente protetti”<sup>44</sup>.

**29.** Quanto alla ipotizzata violazione dell'Articolo 3, ancorché la giurisprudenza, anche di legittimità, ammetta “il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di ‘due madri’”, secondo la Corte l'ordinamento italiano non può tenere in considerazione il fatto che esista una differenza tra la normativa italiana e le normative mondiali, poiché altrimenti la disciplina nazionale dovrebbe essere sempre allineata alla più permissiva tra le normative estere in materia<sup>45</sup>.

**30.** La Corte ha altresì rammentato che, in materia di famiglia, tanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto la Carta di Nizza, fanno esplicito rinvio alle discipline nazionali, lasciando agli Stati un ampio margine di apprezzamento per le questioni etiche e morali<sup>46</sup>. La Corte ha inoltre ripreso il parere consultivo emesso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>47</sup>, in materia di riconoscimento del legame tra genitore d'intenzione e figlio. Secondo la Corte europea, al fine di stabilire il legame tra la madre intenzionale e il figlio nato da maternità surrogata, gli Stati non sono tenuti a registrare nel certificato di nascita il nome della donna, ben potendo l'adozione costituire il mezzo per assicurare il

<sup>39</sup> V. *supra*, par. 21.

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, par. 22.

<sup>41</sup> Si veda, *supra*, par. 23.

<sup>42</sup> Si veda, Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2020, cit., par. 6.

<sup>43</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2020, cit., par. 6.

<sup>44</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2020, cit., par. 6.

<sup>45</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2020, cit., par. 6. La Corte si era già espressa in questo senso della sentenza 221 del 2019. Si veda, *supra*, par. 21.

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ricorso n. 54270/10; Grande camera, sentenza 3 novembre 2011, *S.H. c. Austria*, ricorso n. 57813/00.

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Parere consultivo del 10 aprile 2019, relativo al riconoscimento nel diritto interno del legame di filiazione tra un figlio nato da una gestazione per altri praticata all'estero e la madre intenzionale*, sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU su richiesta della *Cour de Cassation* (domanda n. P16-2018-001), disponibile all'indirizzo [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Sul parere, si veda O. FERACI, “Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un Giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano”, in *Osservatorio sulle fonti*, vol. 2, 2019, disponibile su [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it). Si veda anche A. DI BLASE, “Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019”, in *SidiBlog*, reperibile su [www.sidiblog.org/](http://www.sidiblog.org/).

riconoscimento di tale legame, purché rispetti i canoni di effettività e celerità<sup>48</sup>, nel rispetto del superiore interesse del minore.

**31.** La Corte ha tuttavia precisato che i precetti costituzionali non sono chiusi a soluzioni di segno diverso<sup>49</sup>; spetta tuttavia al legislatore – e non alla Corte costituzionale – l'adozione di una normativa tesa a consentire il riconoscimento dell'omogenitorialità. Tale svolta, lungi dall'essere costituzionalmente imposta, rientra, secondo la Corte, nella discrezionalità del legislatore in qualità di “interprete della volontà della collettività”<sup>50</sup>.

**32.** Da ultimo, in riferimento al *vulnus* asseritamente arrecato all'interesse del minore, la Corte ha ribadito che tale interesse è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza anche di legittimità, in particolare attraverso l'istituto dell'adozione non legittimante, ai sensi dell'Articolo 44, comma 1, lett. d) della legge 184/1983. Seppur possibile, una diversa, maggiore tutela del superiore interesse del minore ricade comunque, secondo la Corte, nella sfera di discrezionalità del legislatore.

## V. Considerazioni critiche

**33.** La pronuncia della Corte costituzionale – che, invero, riecheggia la sentenza n. 7668/2020 resa dalla Corte di cassazione<sup>51</sup> – è foriera di alcune considerazioni critiche<sup>52</sup>, latamente riconducibili a quattro profili.

In primo luogo, appare censurabile la decisione della Corte costituzionale di ricorrere ad una decisione di inammissibilità. In secondo luogo, permane il *vulnus* arrecato alla tutela del superiore interesse del minore, atteso che l'ampiezza del grado di tutela lui accordato dipende da fattori essenzialmente secondari rispetto all'esigenza primaria di tutela del suo superiore interesse. In terzo luogo, occorre mettere in luce la portata variabile che l'ordine pubblico internazionale in materia viene ad assumere. In quarto luogo, appare censurabile il perdurante ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolare ai fini della regolamentazione del rapporto tra genitore intenzionale e figlio.

<sup>48</sup> Si veda, in particolare, il paragrafo 55 del parere consultivo, nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che “given the margin of appreciation available to States as regards the choice of means, alternatives to registration, notably adoption by the intended mother, may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests”.

<sup>49</sup> Secondo la Corte rileva, in questo senso, anche l'oramai riconosciuta non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di certificati di nascita formati all'estero, con annotazione della duplice genitorialità femminile.

<sup>50</sup> Si veda, Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2020, cit., par. 8.

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, par. 23.

<sup>52</sup> Sulla sentenza n. 230 del 2020 si vedano, *inter alia*, G. CICCETTI, “L'omogenitorialità ‘fra realtà fattuale e realtà legale’ (nota a C. Cost., sent. 230/2020)”, in *iusinitinere.it*; S. STEFANELLI, “Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale”, in *Il Foro Italiano*, fasc. 1, 2021, pp. 44-68; C. BONA, “La filiazione omosessuale, tra <<rivoluzione arcobaleno>> e diritto <<postmoderno>>”, in *Il foro italiano*, fasc. 1, 2021, pp. 39-43; M.R. DONNARUMMA, “Le “questions de société”: confine tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore”, in *Diritto penale e uomo*, vol. 1, 2021, disponibile su [www.dirittopenaleuomo.org/](http://www.dirittopenaleuomo.org/); E. OLIVITO, “(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga”, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2, 2021, disponibile a questo indirizzo: [www.osservatorioaic.it/](http://www.osservatorioaic.it/); M. PICCHI, “‘Figli di un dio minore’: quando lo *status filiationis* dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, disponibile su [www.forumcostituzionale.it/](http://www.forumcostituzionale.it/); C. TRAPUZZANO, “Unioni civili: il riconoscimento della filiazione verso due madri spetta al legislatore”, ne *Il Quotidiano Giuridico*, 2021, disponibile su [www.quotidianogiuridico.it/](http://www.quotidianogiuridico.it/); V. A. DI MARTINO, “Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.”, in *Diritti comparati*, 2020, reperibile al sito [www.diritticomparati.it/](http://www.diritticomparati.it/); S. SPATOLA, “Il giudice delle leggi dice ‘no’ al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta”, in *Federalismi.it*, fasc. 35, 2020, pp. 105-117, reperibile su [www.federalismi.it/](http://www.federalismi.it/); A. GIUBILEI, “L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale”, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, vol. 3, 2020, reperibile su [www.nomos-leattualitaneldiritto.it/](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/).

## 1. L'eccessiva cautela mostrata dalla Corte costituzionale

**34.** Anzitutto – ancorché su un piano per lo più attinente al diritto costituzionale – appare criticabile la cautela mostrata dalla Corte costituzionale nell'adozione della decisione in discorso. Se è vero che una risposta omnicomprensiva alle delicate questioni poste dall'intersezione fra le nuove frontiere della genitorialità e gli interrogativi di ordine morale e giuridico che ne conseguono non può essere affidata a decisioni giurisprudenziali giocoforza settoriali, l'approdo raggiunto dalla Consulta sembra essere fin troppo cauto.

**35.** Come già precisato, la Corte costituzionale non ha escluso soluzioni di segno diverso, pur demandandone l'adozione al legislatore. Non si può tuttavia non tenere in considerazione la riluttanza del legislatore italiano nei confronti degli interventi normativi tesi a colmare lacune giuridiche in relazione a questioni eticamente sensibili, legate all'evoluzione della coscienza sociale<sup>53</sup>. Ne sono esempi, per un verso, la difficoltà nell'adozione di una disciplina dedicata alle unioni civili omosessuali<sup>54</sup>, e la perdurante assenza di una normazione organica relativa al fine-vita<sup>55</sup>.

In questo senso, appare opportuno chiedersi se la Corte costituzionale non avrebbe potuto promuovere un dialogo interistituzionale con il legislatore attraverso l'adozione di una sentenza monitoria<sup>56</sup>, sollecitando un suo intervento al fine di colmare le lacune normative esistenti.

## 2. Il *vulnus* alla tutela del superiore interesse del minore

**36.** In secondo luogo, appare opportuno evidenziare il permanere del *vulnus* alla tutela del superiore interesse del minore, sia da un punto di vista formale che sostanziale.

**37.** Sin una prospettiva formale, la lesione alla tutela del superiore interesse del minore è essenzialmente legata alla stessa assenza, nell'ordinamento italiano, di una disciplina organica in materia di omogenitorialità.

Nel silenzio del legislatore, l'affastellarsi di decisioni – rese da giudici di merito, di legittimità e costituzionali – rende complessa la ricostruzione della disciplina normativa in tale ambito. L'approccio “a mosaico” cui sono costrette le varie Corti nazionali al fine di colmare il vuoto normativo rappresenta, in quanto tale, un *vulnus* al principio del superiore interesse del minore, non consentendo una ragionevole prevedibilità in riferimento alle forme in cui si tale tutela possa – e debba – esprimersi.

**38.** Da un punto di vista sostanziale, la giurisprudenza sin qui elaborata fa sì che l'ampiezza della tutela dello *status filiationis* finisca per dipendere essenzialmente da due fattori, peraltro del tutto secondari rispetto all'obiettivo – che dovrebbe essere primario – di tutela del superiore interesse del minore nato attraverso procreazione medicalmente assistita.

Tali fattori, presi singolarmente, sono, da un lato, il luogo di nascita del minore<sup>57</sup> e, dall'altro, la tecnica procreativa medicalmente assistita di volta in volta impiegata. Dall'intersezione di questi due elementi, in particolare, discendono livelli di tutela del rapporto tra genitori intenzionali e figli più o meno ampi.

<sup>53</sup> M.R. DONNARUMMA, “Le ‘questions de société’”, cit., p. 2.

<sup>54</sup> Come già anticipato, il legislatore italiano è pervenuto ad una disciplina delle unioni civili omosessuali solo nel 2016, a seguito di un lungo dibattito parlamentare.

<sup>55</sup> Si veda, sul punto, A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>56</sup> Si veda, A. GIUBILEI, “L'aspirazione alla genitorialità”, cit., pp. 13 ss.; M.R. DONNARUMMA, “Le “questions de société””, cit., p. 15.

<sup>57</sup> M. PICCHI, “Figli di un dio minore”, cit., p. 7; G. CICHETTI, “L'omogenitorialità”, cit.

**39.** In questa prospettiva, allo stato attuale, la tutela più ampia allo *status filiationis* è accordata dall'ordinamento italiano all'ipotesi in cui il concepimento del minore sia avvenuto attraverso la tecnica procreativa della fecondazione eterologa, e la nascita sia avvenuta in uno Stato straniero<sup>58</sup>.

Altrimenti detto, un certificato di nascita legittimamente formato all'estero, sulla base del diritto locale, nel quale due donne omosessuali vengano indicate come genitori del minore, potrà circolare oltre le frontiere dello stato di origine e trovare riconoscimento nell'ordinamento italiano, non trovando un limite nell'ordine pubblico del foro. Del resto, la Corte di cassazione è pervenuta a questa soluzione nelle già menzionate sentenze n. 19599/16 e 14878/2017<sup>59</sup>, attraverso il rilievo accordato al superiore interesse del minore, nella prospettiva di assicurare la circolazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero.

Le due pronunce sono menzionate anche dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento: nell'evocare l'eventuale apertura dei parametri costituzionali a soluzioni diverse rispetto a quelle sin qui adottate, e nel rammentare che la valutazione sul punto spetta in ultima analisi al legislatore, la Corte ha difatti accordato rilievo al fatto che la trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero, contenenti una duplice genitorialità femminile, è stata riconosciuta con contraria all'ordine pubblico internazionale, secondo le norme di diritto internazionale privato.

**40.** Una tutela diversa, senz'altro deteriore, è offerta dall'ordinamento italiano al minore nato all'estero, attraverso il ricorso alla maternità surrogata – sia essa tradizionale o gestazionale, altruistica o commerciale.

In questo secondo caso, come anticipato, la Corte di cassazione ha impedito la trascrivibilità dell'atto di nascita riportante l'indicazione di due padri, alla luce della contrarietà della gestazione per altri con l'ordine pubblico del foro<sup>60</sup>. Secondo l'orientamento oramai consolidato della Corte di cassazione, il rapporto genitoriale di intenzione può trovare valorizzazione tramite l'istituto dell'adozione in casi particolari, disciplinato dall'Articolo 44, comma 1, lett. d) della legge 184/1983. Vieppiù, nella prospettiva della Corte costituzionale<sup>61</sup> – e, a ben vedere, prescindendo dal legame fattuale tra il minore e i genitori d'intenzione – il certificato di nascita di un minore nato a seguito di gestazione per altri dovrebbe valorizzare il nome della madre surrogata, in vista della tutela dell'interesse del minore a conoscere le proprie origini.

In questa prospettiva, il superiore interesse del minore verrebbe ad essere declinato in funzione non tanto della tutela del legame concreto, fattuale, con i soggetti che di lui si prendono cura, quanto con il diritto del minore in questione a conoscere la donna che ha portato a termine la gestazione.

**41.** Una tutela ancora diversa è riservata al minore, figlio di una coppia omosessuale, sia esso concepito attraverso la tecnica della fecondazione eterologa ovvero tramite il ricorso ad una surroga di maternità, la cui nascita sia avvenuta in Italia.

Secondo l'approccio delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, e dalla Corte di cassazione nella sentenza 7668/20<sup>62</sup>, il certificato di nascita formato in Italia non potrà riportare l'indicazione della genitorialità omosessuale. In altre parole, nel caso in cui una coppia omogenitoriale femminile abbia fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero, e la nascita del minore sia avvenuta in Italia, l'atto di nascita potrà contenere l'indicazione della sola madre gestante, ritenuta madre biologica. Anche in questo caso, il rapporto tra genitore intenzionale e figli può essere valorizzato attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari.

---

<sup>58</sup> In riferimento a questa considerazione, nell'ordinanza di rimessione del 3 aprile 2019, n. 108, spec. § 3.2. lett. b), il Tribunale di Venezia fa leva anche su una disparità di trattamento basata sul reddito, legata alle maggiori possibilità di riconoscimento dello *status filiationis* per quelle coppie che abbiano capacità economiche tali da consentire anche la nascita del minore all'estero. Si veda, *supra*, nota 19.

<sup>59</sup> Sulle sentenze, si veda *supra*, par. 18.

<sup>60</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 12193 del 2019. Si veda, *supra*, par. 20.

<sup>61</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017. Si veda, *supra*, par. 19.

<sup>62</sup> Cfr., *supra*, par. 23.

42. A ben vedere, se l'intento della giurisprudenza – nel silenzio del legislatore – è quello di accordare rilievo al legame biologico anziché a quello cd. “sociale” o “di intenzione”, tale strada non appare scevra di rischi. Non sempre, difatti, la madre gestante è anche la madre biologica del minore: nel caso di fecondazione eterologa gestazionale – ovverosia attraverso l'impianto, nell'utero della madre gestante, di un ovocita della madre non gestante fecondato con seme maschile di un donatore – l'indicazione nel certificato di nascita della madre gestante, ritenuta anche biologica, sarebbe fuorviante<sup>63</sup>.

In tale ipotesi, labile verrebbe ad essere la distinzione tra genitorialità biologica e genitorialità d'intenzione, ritenuta invece determinante sia per le giurisdizioni nazionali che per la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>64</sup>.

43. La disparità di trattamento delle situazioni poc'anzi richiamate, e dunque delle tutele accordate dall'ordinamento nazionale ai minori di volta in volta coinvolti, non appare giustificabile. Una tutela del superiore interesse del minore, variabile in relazione al luogo di nascita e alla tecnica procreativa impiegata, appare scarsamente compatibile con il parametro medesimo.

### 3. La portata differenziata del limite dell'ordine pubblico

44. Peraltro, la sentenza n. 230 del 2020 presuppone – a ben vedere, senza farne menzione – delle valutazioni sulla portata del limite dell'ordine pubblico<sup>65</sup>.

45. L'ordine pubblico del foro, nella prospettiva dei giudici nazionali, sia di legittimità che costituzionali, sembra avere una connotazione diversa allorché si tratti di dar vita ad una relazione ritenuta contrastante con principi ritenuti essenziali, ovvero di riconoscere gli effetti della medesima situazione, legittimamente disciplinata sulla base di una legge straniera, e dei diritti e degli *status* acquisiti all'estero per il tramite della stessa.

46. La portata dell'ordine pubblico internazionale sembra dunque espandersi e restringersi a seconda del luogo in cui la situazione asseritamente contrastante con i valori essenziali del foro viene ad essere costituita.

47. In particolare, l'ordine pubblico del foro ha una valenza piena allorché si tratti di costituire in Italia una situazione contrastante con valori ritenuti fondamentali per l'ordinamento: considerazioni di ordine pubblico, difatti, impediscono la formazione in Italia del certificato di nascita indicante l'omogenitorialità. L'ordine pubblico assume invece una valenza attenuata, invece, allorché si tratti di trascrivere in Italia un certificato di nascita regolarmente formato all'estero, secondo le norme dello Stato di origine.

48. La ricostruzione del limite dell'ordine pubblico in materia di omogenitorialità approntata dalle Corti nazionali, in assenza di una disciplina legislativa in materia, sembra dunque riecheggiare la dottrina francese dell'*ordre public atténué*<sup>66</sup>.

49. Allo stesso modo, il limite dell'ordine pubblico torna ad avere portata piena nelle ipotesi di riconoscimento di una situazione legittimamente creata all'estero, nei quali le leggi straniere applicabili abbiano determinato un risultato comunque incompatibile con l'ordine pubblico del foro. È questo il caso, nella materia che ci occupa, della non trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita recante

<sup>63</sup> Cfr. M. PICCHI, “Figli di un dio minire”, cit., spec. p. 6.

<sup>64</sup> Si veda, al riguardo, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Parere consultivo del 10 aprile 2019*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> R. BARATTA, “Diritti fondamentali e riconoscimento dello ”status filii” in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2016, p. 309-334, p. 313.

<sup>66</sup> Si veda, sul punto, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012, p. 17 e nota 26.

l'indicazione, in qualità di genitori, di una coppia omosessuale di sesso maschile, in cui pertanto la nascita del figlio sia avvenuta per il tramite di maternità surrogata e nell'impossibilità, *a fortiori*, di formare un simile certificato di nascita in Italia.

#### 4. I limiti dell'istituto dell'adozione in casi particolari

**50.** Un ulteriore profilo, più volte menzionato nel corso della trattazione, merita ora di essere approfondito.

**51.** La Corte europea dei diritti dell'uomo si è sovente espressa nel senso della necessità, per gli Stati parte della Convenzione, di riconoscere e garantire il legame tra il genitore biologico e il figlio nato da maternità surrogata<sup>67</sup>. *A fortiori*, tale legame dovrebbe trovare adeguato riconoscimento e tutela nel caso in cui il minore possa vantare un nesso biologico con la madre non gestante, ovverosia allorché l'ovocita di quest'ultima sia stato impiantato nell'utero della madre gestante.

**52.** Nel Parere consultivo del 2 aprile 2019, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata, su sollecitazione della *Cour de cassation*, del riconoscimento di un legame genitoriale tra il figlio nato da maternità surrogata e la madre intenzionale. In particolare, la Grande Camera ha precisato che il margine di apprezzamento lasciato agli Stati non impone loro di indicare il nome della madre intenzionale sul certificato di nascita. In questo senso, gli Stati parti della Convenzione possono avvalersi di alternative alla registrazione, purché la procedura predisposta a livello nazionale assicuri che tali soluzioni possano essere adottate “promptly and effectively, in accordance with the child's best interests”.

**53.** Nel quadro frastagliato dell'ordinamento italiano, la giurisprudenza – di merito, di legittimità e costituzionale – ha più volte indicato nell'istituto dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'Articolo 44, comma 1, lett. d) della l. 184/193 lo strumento adatto a garantire il legame tra genitore intenzionale e figlio nato a seguito di procreazione medicalmente assistita e, dunque a sopperire all'impossibilità, per la madre non gestante, o comunque per il genitore di intenzione, di essere indicata nell'atto di nascita formato all'estero.

**54.** L'adozione in casi particolari, disciplinata agli Articoli 44 e ss. del codice civile, rappresenta lo strumento attraverso cui può comunque avere luogo il riconoscimento del legame genitoriale, nonostante il minore in questione non sia in stato di abbandono, o comunque l'adozione piena non possa realizzarsi. In particolare, ai sensi della lett. d) del primo comma dell'Articolo 74 può disporsi l'adozione nei confronti del minore “per il quale risulti impossibile l'affidamento preadottivo”. L'impossibilità è stata intesa anche in senso giuridico, e, pertanto, tale norma è stata interpretata estensivamente facendovi rientrare anche i casi di c.d. *stepchild adoption*, ovverosia dell'adozione da parte del genitore intenzionale del figlio del partner, o comunque concepito con il partner<sup>68</sup>.

**55.** Tuttavia, l'adozione in casi particolari – altrimenti detta adozione c.d. non legittimante – differisce sensibilmente, quanto agli effetti, rispetto all'adozione c.d. piena.

---

<sup>67</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, quinta sezione, sentenze del 26 giugno 2014, *Menesson e Labassee c. Francia*, ricorsi nn. 65192/11 e 65941/11; quinta sezione, sentenza del 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14, parr. 55 ss. Si veda, *ex multis*, R. BARATTA, “Diritti fondamentali”, cit., p. 317 ss; L. D'AVOUT, “La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Menesson et Labassee”, in *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1806-1810.

<sup>68</sup> Si veda, G. ROSSOLILLO, “Riconoscimento di *status* familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2016, pp. 335-359, pp. 336 ss.

**56.** Anzitutto, tramite l'istituto in questione, il minore non acquista lo *status* di figlio dell'adottante, nonostante gli spettino nei confronti di quest'ultimo tutti i diritti propri di un simile rapporto<sup>69</sup>. Lo *status* di figlio, invece, viene stabilito esclusivamente per il tramite dell'adozione piena, c.d. legittimante.

Inoltre, per il tramite dell'adozione in casi particolari, il minore non instaura un rapporto di parentela con la famiglia del genitore d'adozione, mentre non cessano i rapporti con la famiglia di origine<sup>70</sup>. Tale circostanza ha rilievo dal punto di vista successorio, nel senso che, per un verso, i parenti dell'adottante non possono succedere al minore adottato e, per altro verso, il minore adottato non può succedere ai parenti dell'adottante.

Ancora, ai sensi dell'Articolo 46 della legge 183/1984, l'adozione in casi particolari è subordinata al necessario consenso del genitore che abbia la responsabilità genitoriale nei confronti del minore, con il risultato – anche in caso di omogenitorialità – di fare ricadere sul minore le conseguenze di una eventuale crisi di coppia<sup>71</sup>.

Peraltro, e da un punto di vista procedurale, l'adozione in casi particolari si caratterizza da cadenze temporali ampie, difficilmente compatibili con l'esigenza di assicurare una tutela rapida ed effettiva al legame tra il minore e l'adottante<sup>72</sup>.

**57.** La breve analisi dell'istituto dell'adozione in casi particolari sin qui condotta ne rende evidenti i limiti intrinseci.

**58.** Occorre, pertanto, chiedersi se l'istituto rispetti i requisiti di celerità ed efficacia richiesti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel Parere consultivo del 2 aprile 2019, e se dunque l'istituto possa rappresentare una alternativa alla formazione del certificato di nascita, attraverso l'indicazione del genitore di intenzione, o comunque nel riconoscimento del certificato di nascita, legittimamente costituito all'estero, indicante la genitorialità omosessuale<sup>73</sup>.

**59.** A ben vedere, la medesima Corte costituzionale ha espresso dubbi sulla capacità dell'istituto dell'adozione in casi particolari, nel quadro di due pronunce recenti, entrambe di inammissibilità.

**60.** Nella sentenza n. 32/2021<sup>74</sup>, la Corte costituzionale si è occupata della questione di legittimità sottoposta dal Tribunale di Padova, relativa ad una madre intenzionale che, a causa di una intervenuta crisi con la partner con cui aveva condiviso un progetto genitoriale, e del mancato assenso della madre biologica all'adozione in casi particolari, non riesce a vedere riconosciuto il proprio legame con il minore.

Richiamando la sentenza n. 230 del 2020, la Corte costituzionale ha rammentato di aver “preannunciato l'urgenza di una ‘diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale”, invocando l'intervento del legislatore”<sup>75</sup>. In particolare, secondo la Corte, le questioni sollevate dai giudici patavini, confermano l'impellenza di un intervento normativo da parte del legislatore, poiché “rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitabilmente, la crisi della coppia e

<sup>69</sup> Spettano, dunque, al minore adottato attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, il diritto al mantenimento, all'educazione e all'istruzione.

<sup>70</sup> È tuttavia controverso l'ambito di applicazione dell'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla legge 219/2012, di riforma della filiazione. Si veda, *ex multis*, M. SESTA, “L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari”, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 231-241, p. 236. Si veda inoltre, recentemente, N. CHIRICHALLO, “Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio ‘non liquet’ della Consulta”, in *Famiglia*, fasc. 3, 2021, pp. 421-433.

<sup>71</sup> Si veda, *infra*, par. 60.

<sup>72</sup> Si veda, sul punto, N. CHIRICHALLO, “Maternità surrogata”, cit., p. 429.

<sup>73</sup> Si veda, ad esempio, M. PICCHI, “Figli di un dio minire”, cit., p. 7

<sup>74</sup> Corte costituzionale, sentenza 20 gennaio 2021 n. 32, depositata il 9 marzo 2021, pubblicata in G.U. 10 marzo 2021, n. 10. Sulla sentenza, si veda, G. FERRANDO, “Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021”, in *giustiziainsieme.it*.

<sup>75</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2021, par. 2.4.1.3.

la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale<sup>76</sup>. Nella stessa prospettiva, descrivendo i tratti salienti dell'istituto dell'adozione in casi particolari, la Corte costituzionale ha rilevato che essa produce “effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante [...] e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine”.

**61.** Nella sentenza n. 33/2021<sup>77</sup>, la Corte costituzionale si è invece occupata della questione di legittimità, sottoposta dalla Corte di cassazione, relativa alla possibilità di riconoscere nell'ordinamento nazionale un provvedimento straniero, che abbia riconosciuto come genitori del minore tanto il genitore biologico, quanto quello di intenzione. Nel caso di specie, si trattava di due uomini uniti civilmente in Italia, che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata di tipo gestazionale all'estero.

Secondo la Corte, nel caso di un minore accudito sin dalla nascita da una coppia che ne ha condiviso il progetto genitoriale, il superiore interesse è “quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata<sup>78</sup>”.

Nella prospettiva della Corte, da un lato tali legami costituiscono parte integrante dell'identità del minore e, dall'altro lato, deve poter essere affermata in capo a coloro che si prendono cura del minore “la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali”, non venendo in rilievo un preteso “diritto alla genitorialità<sup>79</sup>”.

In riferimento all'adozione in casi particolari, la Corte ribadisce che essa “costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali” posti a presidio del superiore interesse del minore.

Secondo la Corte, il contemperamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori coinvolti, spetta – ancora una volta – alla discrezionalità del legislatore “nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore<sup>80</sup>”.

**62.** Anche alla luce delle due pronunce costituzionali da ultimo menzionate, l'istituto dell'adozione in casi particolari appare scarsamente compatibile con i requisiti di celerità ed efficienza individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di adeguatamente tutelare il rapporto tra il minore nato da maternità surrogata e il genitore di intenzione.

**63.** Appare pertanto verosimile che la Corte europea dei diritti dell'uomo possa presto essere investita di un ricorso teso a saggiare la compatibilità dell'istituto in discorso – e, in generale, la tenuta delle soluzioni adottate dalle Corti nazionali nel silenzio del legislatore – con il parametro della Convenzione.

## VI. Conclusioni

**64.** La disamina sin qui condotta e i rilievi critici delineati consentono di affermare che, perlomeno allo stato attuale, nell'ordinamento italiano l'omogenitorialità rimane riconducibile all'ambito delle aspirazioni, piuttosto che a quello dei diritti<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2021 n. 33, depositata il 9 marzo 2021, pubblicata in G.U. 10 marzo 2021, n. 10. Sulla sentenza, si veda il commento di N. CHIRICALLI, “Maternità surrogata”, cit.

<sup>78</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, par. 5.4.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Corte costituzionale, sentenza 33 del 2021, cit., par. 5.9.

<sup>81</sup> A. GIUBILEI, “L'aspirazione”, cit.,

**65.** Come visto, tale – insoddisfacente – condizione comporta il proliferare delle forme di c.d. turismo riproduttivo. Nella sua circolazione oltre i confini nazionali, l'individuo tuttavia porta con sé un bagaglio di relazioni personali e *status* familiari il cui riconoscimento e la cui tutela non possono rimanere disattesi, per il mero attraversamento delle frontiere nazionali<sup>82</sup>. In questo senso, gli sforzi degli Stati dovrebbero tesi a far sì che una relazione familiare, legittimamente costituita in uno Stato, possa efficacemente proiettarsi anche oltreconfine, senza che il mero passaggio da uno Stato ad un altro pregiudichi le garanzie offerte dall'ordinamento d'origine. Occorre dunque evitare che vengano a crearsi relazioni familiari claudicanti<sup>83</sup>, facendo sì che alla circolazione delle persone si accompagni la circolazione dei relativi *status*.

**66.** Allo stesso modo, appare oramai imprescindibile l'adozione, da parte degli Stati, di misure atte ad assicurare adeguate forme di tutela nei confronti dei minori nati grazie alle diverse forme di procreazione medicalmente assistita. In questa prospettiva, sembra quantomeno irragionevole che le tutele approntate nel quadro dell'ordinamento italiano varino al variare, per un verso, della tecnica produttiva attraverso cui il minore è stato concepito e, per altro verso, del luogo geografico in cui tale minore è nato.

**67.** In generale, la risposta a problematiche complesse, suscettibili di sollevare rilevanti interrogativi etici ancor prima che giuridici, non può essere affidata ad un mosaico di interventi giurisprudenziali, giocoforza limitati alla specifica situazione di volta in volta considerata.

**68.** All'auspicabilità di un intervento omnicomprensivo da parte del legislatore, si affianca la necessità, per gli Stati, di tenere in considerazione i vantaggi della cooperazione internazionale, anche in relazione alle nuove forme di genitorialità e della conseguente esigenza di garantire, per un verso, la circolazione degli *status* venutisi a creare e, per altro verso, la tutela dei soggetti – non solo minori – a vario titolo coinvolti.

Vanno senz'altro in questa direzione, e debbono pertanto essere sostenute, le istanze promosse nel quadro della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato<sup>84</sup> tese alla creazione sia di uno strumento generale di diritto internazionale privato relativo sulla filiazione “legale”, che di un protocollo separato relativo alla filiazione legale stabilita a seguito di accordi internazionali di maternità surrogata.

---

<sup>82</sup> Sulla continuità internazionale degli *status* familiari, si vedano F. SALERNO, “The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law”, in *Recueil des cours*, t. 395, 2019, p. 9-198; R. BARATTA, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, in *Recueil des cours*, t. 348, 2010, p. 253-499; P. LAGARDE (a cura di), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013.

<sup>83</sup> Così viene tradotta l'espressione anglofona *limping relationships*.

<sup>84</sup> Si veda CONFERENZA DELL'AJA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO, “A study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, 2014, disponibile a questo indirizzo < <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf> >. Lo studio è poi stato seguito dall'elaborazione del Progetto Parentage/Surrogacy. Ulteriori informazioni sono reperibili nelle pagine dedicate sul sito della Conferenza dell'Aja: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. A favore di una regolamentazione internazionale dell'istituto, si vedano M. ENGEL, “Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?”, in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOF, W. GEPHART (a cura di), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Anversa, Intersentia, 2014, pp. 199-216; H. BAKER, “A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There ‘Lessons’ to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?”, in K. TRIMMINGS e P. BEAUMONT (a cura di), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 411-426; E. DAVIS, “The Rise of Gestational Surrogacy and The Pressing Need for International Regulation”, in *Minnesota Journal of International Law*, 2012, pp. 120-141; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, “International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level”, in *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, pp. 627-647. Si veda, in proposito, anche lo studio del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, cit., pp. 159 ss.

# MEDIDAS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

## REMEDIES FOR THE INFRINGEMENT OF THE INTERNATIONAL INSTRUMENTS REGARDING THE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

RAFAEL ARENAS GARCÍA

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universitat Autònoma de Barcelona*

Recibido: 14.07.2021 / Aceptado: 24.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6250>

**Resumen:** El Convenio de La Haya de 1980 y los Reglamentos 2201/2003 y 2019/1111 ofrecen soluciones para los casos de sustracción internacional de menores; ahora bien, cuando se produce un incumplimiento de estos instrumentos se carece de mecanismos eficaces para restaurar los derechos de niños, progenitores y demás personas implicadas.

En este trabajo se analizan las causas de esas dificultades y los diferentes mecanismos a los que se puede acudir para conseguir la correcta aplicación de estos instrumentos y, en su caso, la declaración del incumplimiento. Se consideran tanto los mecanismos basados en la comunicación entre autoridades, guías y recomendaciones como la posibilidad de acudir al TEDH, así como otras vías reguladas por el Derecho internacional público.

**Palabras clave:** Sustracción internacional de menores, interés superior del menor, CEDH, responsabilidad internacional del estado.

**Abstract:** The 1980 Hague Convention and Regulations 2201/2003 and 2019/1111 offer solutions for cases of international child abduction. However, when there is a breach of these instruments, there is a lack of effective mechanisms to restore the rights of children, parents and other people involved.

This work analyses the causes of these difficulties and the different mechanisms that can be used to achieve the correct application of these instruments and, where appropriate, the declaration of non-compliance. Mechanisms based on communication between authorities, guides and recommendations, as well as the possibility of going to the ECHR, as well as other channels regulated by public international law, are considered.

**Keywords:** International child abduction, best interests of the minor, ECHR, international State responsibility.

**Sumario:** I. Introducción. II. Instrumentos internacionales en relación a la sustracción internacional de menores: 1. La devolución del menor como principio. 2. Cooperación entre autoridades. 3. Relaciones estructurales. III. Convenio de La Haya de 1980: 1. El seguimiento de la aplicación del Convenio. 2. El recurso al Tribunal de Estrasburgo. 3. Otras medidas. IV. Reglamentos de la UE: 1. El papel de la Comisión Europea, otras instituciones y los estados. 2. El papel del Tribunal de Luxemburgo. 3. El papel del Tribunal de Estrasburgo. V. Conclusión.

## I. Introducción

1. En el verano de 2019, un niño de 14 años se desplaza desde Barcelona, donde reside con su madre, a Dinamarca, el país de su nacionalidad y donde viven algunos familiares. El plan es pasar unas semanas de colonias y regresar a Barcelona una vez concluidas las vacaciones. Llega el mes de septiembre y el regreso del niño (a quien llamaremos N.) se retrasa. Su madre, también danesa y residente en Barcelona, averigua que aprovechando la estancia en Dinamarca algunos familiares suyos, con los que mantiene una relación distante, han contactado con el niño, se han dirigido a los servicios sociales daneses y han solicitado que el menor se quede en Dinamarca. Ante esta situación, la madre (a quien llamaremos S.) decide poner en marcha los mecanismos del convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores<sup>1</sup>. Se dirige a la Autoridad Central española y le pide que solicite a la autoridad central danesa que ordene la devolución del menor. El 21 de noviembre de 2019, se envía a Dinamarca el requerimiento de la autoridad central española.

Las autoridades danesas, en vez de poner en marcha los mecanismos previstos en el convenio de La Haya para la devolución del menor, deciden que se pronunciarán sobre la custodia del menor y, una vez resuelta esta, decidirán sobre el retorno. El resultado de lo anterior es que N. siguió en Dinamarca y cuando en 2021 cumplió 16 años de edad dejó de ser posible obtener su regreso mediante los mecanismos previstos en el convenio de La Haya de 1980<sup>2</sup>.

2. El anterior es un caso real que muestra las dificultades que existen para resolver de manera adecuada los supuestos de sustracción internacional de menores. Los textos existentes diseñan un sistema de cooperación entre autoridades que debería permitir una resolución relativamente sencilla de los casos de sustracción, consiguiendo el regreso del menor a su estado de origen en un plazo breve, lo que limita las dificultades que se derivan del desarraigo respecto al país de la residencia original. La realidad, sin embargo, es que no en todos los casos es posible dicho regreso; obteniéndose el mismo en menos de la mitad de las sustracciones reportadas<sup>3</sup>. Obviamente, la devolución del menor no debe producirse en aquellos supuestos en los que se da alguna de las circunstancias que justifican la retención del menor de acuerdo con los instrumentos internacionales aplicables; pero esto no excluye que pueda haber supuestos en los que se ha dado una mala aplicación de dichos instrumentos<sup>4</sup>. La existencia de divergencias

---

<sup>1</sup> Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, *BOE*, 24-VIII-1987. *Vid.* la página sobre el Convenio en la web de la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

<sup>2</sup> Que el menor cumpla 16 años impide, incluso, la ejecución de la medida de retorno adoptada antes de que el niño tuviera dicha edad, *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 97, n. núm. 188; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, t. II, pp. 2013-2210, p. 2132.

<sup>3</sup> *Vid.* N. LOWE/V. STEPHENS, “The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017”, <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>, p. 3, núm. 13. *Vid.* también las consideraciones sobre esta cuestión en R. ARENAS GARCÍA, “Construyendo la confianza mutua”, en E. PÉREZ VERA/J.C., FERNÁNDEZ ROZAS/M. GUZMÁN ZAPATER/A. FERNÁNDEZ PÉREZ/M. GUZMÁN PECES (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 139-157, pp. 146-147.

<sup>4</sup> De ahí la importancia de las comisiones sobre la aplicación de los instrumentos internacionales, sobre las que volveremos un poco más adelante. En el caso del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, la comisión se ha reunido siete veces. Puede accederse a los documentos de las reuniones en la página web de la Conferencia (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=57&cid=24>). *Vid.* también las notas sobre las reuniones publicadas en la *REDI*: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Comisión especial de octubre de 1990 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *REDI*, 1990, vol. XLII, núm. 1, pp. 289-290; *id.*, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)”, *ibid.*, 1993, vol. XLV, núm. 2, pp. 645-647; *id.*, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)”, *ibid.*, 1997, vol. XLIX, núm. 1, pp. 348-350; E. PÉREZ VERA, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: cuarta reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la sustracción

en la interpretación del instrumento, especialmente en lo que se refiere a las excepciones de retorno dificulta la aplicación del convenio<sup>5</sup> y será necesario determinar en qué casos estamos ante discrepancias vinculadas a la diversidad de los sistemas judiciales implicados y en qué casos se puede afirmar que nos hallamos ante una mala interpretación o aplicación del instrumento.

El objeto de este trabajo es examinar qué actuaciones pueden seguirse cuando se produce una mala aplicación de los instrumentos en materia de sustracción de menores. El punto de partida es que el proceso ha agotado los recursos posibles dentro del estado (usualmente el estado al que fue desplazado el menor y que, por tanto, tendría la obligación de ordenar el retorno del mismo a su país de origen) y la parte o las partes que se ven perjudicadas por la mala aplicación del instrumento intentan conseguir una declaración, condena o satisfacción derivada de dicho incumplimiento. A partir de aquí se examinarán esas posibilidades teniendo en cuenta las vías abiertas ante tribunales internacionales y otros mecanismos de sanción para el estado incumplidor.

**3.** El estudio de estos “remedios” internacionales ante el incumplimiento de los instrumentos internacional en materia de sustracción internacional de menores se enfrenta a la dificultad de que la determinación de si efectivamente se ha producido o no el incumplimiento no es objetivable. Esto es, previsiblemente el estado al que ha sido desplazado el menor (por fijarnos en el supuesto más habitual, aunque no único) entenderá que ha actuado correctamente y que es solamente una percepción subjetiva de la parte afectada la de que se ha producido un incumplimiento. Como sabemos, el carácter eminentemente subjetivo del Derecho conduce a que en cualquier caso sea posible mantener opiniones diversas sobre la valoración jurídica que corresponde hacer; por lo que resulta esencial la determinación del sujeto que habrá de decidir entre las distintas opciones existentes<sup>6</sup>. Si nos limitamos a los casos internos, será el juez, y más específicamente, los jueces de última instancia, los que realizarán una concreción autorizada de los mandatos jurídicos que se considerará como correcta no porque podamos determinar que objetivamente lo sea; sino porque por convención se asume que esa concreción que realizan los jueces es la que pone fin al conflicto<sup>7</sup>.

En el ámbito internacional, en determinados casos es posible que un tribunal extienda a un nivel supraestatal la verificación de la corrección en la aplicación del Derecho, aunque, como veremos, siempre será necesario introducir algunos matices en relación a la función que ejercen los tribunales internos. Fuera de las jurisdicciones internacionales los mecanismos que pueden utilizarse tendrán siempre en cuenta esta imposibilidad de objetivación, lo que conducirá a que en vez de plantear los posibles incumplimientos como infracciones prefiera hablarse de “problemas” o “dificultades”, tal como tendremos ocasión de examinar con algo más detenimiento cuando nos ocupemos de algunos de los mecanismos existentes en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>8</sup>.

**4.** A continuación, en primer lugar, presentaremos los mecanismos que prevén los instrumentos internacionales para conseguir la devolución de los menores que han sido objeto de un traslado o reten-

---

internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)”, *ibid.*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, pp. 717-722; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores”, *ibid.*, 2006, vol. LVIII, núm. 2, pp. 1110-1116; *id.*, “Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1 a 10 de junio de 2011)”, *ibid.*, 2011, vol. LXIII, núm. 2, pp. 314-320; *id.*, “Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, 2ª parte (25 a 31 de enero de 2012)”, *ibid.*, 2012, vol. LXIV, núm. 2, pp. 308-312

<sup>5</sup> *Vid.* por ejemplo, E. PÉREZ VERA, “Conferencia de La Haya...”, *loc. cit.*, p. 721. *Vid.* L.J. SILBERMAN, “Co-operative efforts in Private International Law on behalf of children: The Hague Children’s Conventions”, *R. des C.*, 2006, t. 323, pp. 261-478, pp. 321-324 sobre algunas dificultades en la aplicación del convenio y sobre las diferencias en dicha aplicación en unos y otros estados. En relación al tema de la concreción de la residencia del menor, un concepto clave en la arquitectura del convenio, *ibidem*, pp. 346-355.

<sup>6</sup> Sin que necesariamente su criterio sea objetivamente “mejor”. *Vid.* J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 118-119.

<sup>7</sup> *Vid.* J.L. REQUEJO PAGÉS, *op. cit.*, pp. 72-75. De hecho, esta idea puede servir para caracterizar la función jurisdiccional, *ibidem.*, pp. 90-91.

<sup>8</sup> *Vid.* L.J. SILBERMAN, *loc. cit.*, pp. 383-389.

ción ilícitos. Tras ello examinaremos los mecanismos que cabe utilizar en los casos de mal funcionamiento de dichos instrumentos, centrándonos en el Convenio de La Haya de 1980 y en los Reglamentos de la UE. Esto nos permitirá valorar la eficacia de las medidas existentes para los casos de incumplimiento de los instrumentos relevantes y formular algunas conclusiones.

El eje de la exposición serán el ya mencionado Convenio de La Haya de 1980 y los Reglamentos de la UE; en la actualidad el Reglamento 2201/2003<sup>9</sup> y en un futuro inmediato el Reglamento 2019/1111<sup>10</sup>; pero será necesario considerar otros instrumentos que tienen una relación directa con la resolución de los casos de sustracción. Así, en particular, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores<sup>11</sup>. No puede dejar de señalarse, sin embargo, la existencia de otros instrumentos que han tenido una práctica menor<sup>12</sup>.

## II. Instrumentos internacionales en relación a la sustracción internacional de menores

### 1. La devolución del menor como principio

5. El Convenio de La Haya de 1980 descansa sobre un mecanismo de gran sencillez en su formulación inicial: la devolución del menor al Estado de su residencia con anterioridad al traslado ilícito (art. 12). El Informe Explicativo del Convenio<sup>13</sup> indica con claridad que el objetivo del Convenio es desincentivar el traslado ilícito del menor por la vía de negar eficacia a dicho traslado al obligar a las autoridades a restaurar el *status quo* anterior al traslado del menor<sup>14</sup> y no existe discusión sobre la relevancia de este principio de devolución del menor como base de la regulación<sup>15</sup>. La idea, sobre la que tendremos que volver, es la de que si la sustracción pretende que el sustractor obtenga alguna ventaja en relación a la custodia del menor, lo que se hace necesario es devolver la situación al punto en el que se encontraba antes de la sustracción. Esta aproximación ha conducido a que se califique al convenio como “fáctico”<sup>16</sup>, ya que su objetivo no es resolver sobre a cuál de los progenitores le ha de corresponder ejercer la custodia o sobre su régimen; sino que se debería limitar a poner fin a la sustracción para evitar que ésta incida en la determinación de esa custodia o este régimen. Tal como veremos, existen, sin embargo, algunas dificultades para un acercamiento maximalista a este propósito.

<sup>9</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, *DO*, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003

<sup>10</sup> 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, *DO*, núm. L 178, de 2 de julio de 2019. De acuerdo con lo previsto en su art. 105, este Reglamento comenzará a aplicarse a partir del 1 de agosto de 2022.

<sup>11</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*, 2-XII-2010. *Vid.* también la página sobre dicho Convenio en la web de la Conferencia de La Haya de DIPr, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-protection>. La relación entre ambos instrumentos había sido destacada desde la misma conclusión del Convenio de 1996 [*vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión...”, *loc. cit.* (*supra* n. núm. 4), p. 350]; hasta el punto de que las comisiones de seguimiento en la Conferencia de La Haya acabaron siendo conjuntas para ambos instrumentos, *vid.* las referencias contenidas *supra* en la n. núm. 4.

<sup>12</sup> En particular, el Convenio Europeo sobre reconocimiento de medidas en materia de custodia de menores (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, *BOE*, 1-IX-1984). Para una referencia a cómo trabajos anteriores ya podían incidir en la solución de los casos de sustracción internacional de menores *vid.* L.J. SILBERMAN, *loc. cit.*, p. 301.

<sup>13</sup> Elaborado por ELISA PÉREZ-VERA, puede leerse en la página web de la Conferencia de La Haya, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>.

<sup>14</sup> E. PÉREZ VERA, “Informe Explicativo”, *loc. cit.*, p. 429.

<sup>15</sup> *Vid.* A. GRAMMATICAKI-ALEXION, “Best interest of the child in Private International Law”, *R. des C.*, 2020, t. 412, pp. 253-434, p. 327; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 12; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, *loc. cit.*, p. 2129.

<sup>16</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ibidem*. *Vid.* también C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *CDT*, 2021, vol. 13, núm. 1, p. 136, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5955/4328>.

La aproximación del Convenio de La Haya de 1980 fue asumida por el Reglamento 2201/2003<sup>17</sup>. En este Reglamento sobre responsabilidad parental se incluye una regulación de la sustracción internacional de menores complementaria del Convenio de La Haya de 1980<sup>18</sup>. Asumiendo la aplicación del Convenio en el caso de sustracción de menores entre Estados miembros del Reglamento, se introducen algunas exigencias específicas; en concreto, la de que se dé audiencia al menor<sup>19</sup>, la de que la decisión se dicte en un período máximo de seis semanas tras la interposición de la demanda<sup>20</sup>, limita la posibilidad de rechazar la restitución del menor (art. 11.4), se especifica que no puede adoptarse una decisión de no retorno sin escuchar a quien ha solicitado la restitución (art. 11.5), se especifican las obligaciones de comunicación a las autoridades de los otros estados y a los interesados (art. 11.6 y 7) y se recuerda que, sea cual sea la decisión sobre la restitución en el marco del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución adoptada por la autoridad competente que ordene la restitución podrá ser ejecutada de acuerdo con lo previsto en el Reglamento<sup>21</sup>.

En coherencia con el principio de reconocimiento y confianza mutuas que inspiran, al menos en parte, el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, el Reglamento de la UE refuerza la obligación de confianza en las autoridades del estado al que ha de ser devuelto el menor, yendo más allá de lo que prevé el Convenio de La Haya y reduciendo, como se acaba de indicar, la posibilidad de rechazar la restitución. El Reglamento 2019/1111, que sustituye al 2201/2003<sup>22</sup>, profundiza en esta necesidad de confianza, haciendo más difícil aún el mantenimiento del menor en el estado al que ha sido trasladado (o en el que es retenido) de manera ilícita<sup>23</sup>. De esta forma, la devolución del menor al estado en el que residía antes del traslado o retención ilícitos se afianza como clave en la gestión de este tipo de casos.

Lo anterior no quiere decir que no haya supuestos en los que deba negarse esta restitución. El art. 13 del Convenio de La Haya prevé varios en los que no existirá obligación de devolver al menor. Esto sucederá cuando la persona titular de la responsabilidad parental no ejercía de manera efectiva los

<sup>17</sup> *Vid. supra* n. núm. 9.

<sup>18</sup> Art. 11 del Reglamento. El art. 60 del Reglamento establece la primacía del Reglamento sobre el Convenio de La Haya de 1980 “en las relaciones entre los Estados miembros”; pero, en realidad, lo que encontramos es una complementariedad entre ambos instrumentos, *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 159-160; no exenta, sin embargo, de algún posible caso de contradicción entre ambos instrumentos (*ibidem*, p. 161). *Vid.* también A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, *loc. cit.*, pp. 2168-2170. El art. 23 del Reglamento 2019/1111 (*supra* n. núm. 10) ya se refiere de forma explícita a esta complementariedad. *Vid.* su art. 22: “Los artículos 23 a 29 y el capítulo VI del presente Reglamento serán de aplicación y complementarán el Convenio de La Haya de 1980...” Con anterioridad al Reglamento 2201/2003, el Reglamento 1347/2000 [Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, *DO*, núm. L 160, de 30 de junio de 2000] ya se había establecido (art. 4) que “Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al artículo 3 ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y en particular en sus artículos 3 y 16”.

<sup>19</sup> Art. 11.2 del Reglamento: “En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”.

<sup>20</sup> Art. 11.3 del Reglamento, que refuerza lo ya previsto en el art. 11 del Convenio de La Haya.

<sup>21</sup> Art. 11.8 del Reglamento. La referencia a que la decisión debe haber sido adoptada por una autoridad competente podría introducir alguna confusión, ya que el procedimiento de reconocimiento y ejecución del Reglamento no prevé ningún control de competencia indirecto y no hemos de interpretar que sí lo hace en este supuesto. De esta forma, la autoridad que adopte la decisión deberá determinar su competencia según lo establecido en el Reglamento, pero la autoridad de otro estado frente a la que se quiera hacer valer esta decisión no procederá a ningún control de competencia. *Vid.* sobre el reconocimiento de sentencias en materia de custodia cuando se ha producido una sustracción internacional del menor la STJ (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, As. C-455/15 PPU, *P y Q*, ECLI:EU:C:2015:763; *vid.* sobre esta decisión C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: Asunto C-455/15 PPU, *P Y Q*”, *CDT*, 2017, vol. 9, núm. 2, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3892/2448>.

<sup>22</sup> *Vid. supra* n. núm. 10.

<sup>23</sup> *Vid.* S. BARTOLINI, “In the name of the best interests of the child: the principle of mutual trust in child abduction cases”, *CMLR*, 2019, vol. 56, núm. 1, pp. 91-120; R. ARENAS GARCÍA, “Construyendo la confianza mutua”, en E. PÉREZ VERA/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/M. GUZMÁN ZAPATER/A. FERNÁNDEZ PÉREZ/M. GUZMÁN PECES (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 139-157, pp. 152-155. Resulta también necesaria la consulta de la construcción general sobre la tutela de los derechos fundamentales en origen que realiza M<sup>ra</sup>V. CUARTERO RUBIO [*Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de Derechos Fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2020, esp. pp. 43-104.

derechos de custodia en el momento de la sustracción o retención o había accedido a dicha sustracción o retención. También se podrá denegar la restitución cuando el regreso ponga al menor en un grave riesgo. También hay que tener en cuenta que la obligación de retorno opera en sus términos más estrictos cuando ha transcurrido menos de un año entre la sustracción y el inicio de los procedimientos en el estado al que ha sido desplazado o donde ha sido retenido (art. 12 del Convenio). Igualmente hay que tener en cuenta el punto de vista del menor cuando, de acuerdo con su grado de madurez, es adecuado tener en cuenta su opinión (art. 13 del Convenio). Estos mismos motivos de denegación de la devolución pueden operar cuando se apliquen los Reglamentos de la UE, aunque, tal como ya se ha indicado, en este caso no podrá apreciarse la existencia de un grave riesgo para el menor en caso de retorno si las autoridades del estado al que ha de ser devuelto el menor han adoptado medidas para evitar ese riesgo para el menor. La confianza que ha de regir entre las autoridades de distintos estados miembros de la UE exige que se limiten aquellos supuestos en los que puedan existir diferencias de criterio entre las autoridades de unos y otros estados miembros.

6. La restitución del menor, sin embargo, no está libre de problemas. Estos se plantean, sobre todo, en aquellos casos en los que dicha restitución no responde al interés superior del menor. Lo examinaremos brevemente a continuación.

Si la restitución del menor se ha convertido en la piedra angular en la regulación de la sustracción internacional de menores, el interés superior del menor es el eje sobre el que gira toda la normativa relativa a menores<sup>24</sup>; y la articulación entre la necesidad de restitución y la de garantizar el interés superior del menor no es siempre fácil. Así, hemos de preguntarnos si en cada caso responde al interés superior del niño la devolución al país del que ha sido sustraído y por qué, si no responde a dicho interés la restitución, ha de procederse a ella<sup>25</sup>. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es aquí interesante, porque el TEDH ha establecido en ocasiones que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del menor al no haber valorado suficientemente los riesgos que podían derivarse para el menor de su devolución al estado de su residencia. La devolución no puede ser ordenada de forma automática o mecánica<sup>26</sup>; lo que obliga a interpretar los motivos de denegación de la restitución de una forma tal que permita dar satisfacción a los diferentes intereses contrapuestos<sup>27</sup>. Esto último resulta relevante para

<sup>24</sup> El concepto de “interés superior del niño” ya aparece en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, A.G. res. 1386 (XIV), y es retomado por el Convenio sobre Derechos del Niño de 1989 (Convención sobre los Derechos del Niños, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, *BOE*, 31-XII-1990; *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992, vol. XLIV, núm. 2, pp. 465-498). Este Convenio ayudó a colocar el interés superior del niño (o del menor) en el centro de la regulación, tanto de Derecho internacional privado como de Derecho civil. *Vid.*, por ejemplo, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *RJC*, 1994, núm. 4, pp. 47-99, p. 56. *Vid.* también E. ROCA I TRIAS, “Contestación”, *ibid.*, pp. 101-122, pp. 103-105 sobre las primeras referencias al interés del menor hasta llegar al Convenio de 1989. *Vid.* también E. RODRÍGUEZ PINEAU (“La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *REEI*, 2018, núm. 35, file:///C:/Users/1003616/AppData/Local/Temp/04\_Estudio\_RODRIGUEZ\_Elena.pdf, p. 6) quien destaca que el Convenio de La Haya de 1980 no hace todavía referencia al interés superior del menor. En una reinterpretación posterior, sin embargo, A. BORRÁS RODRÍGUEZ (“El “interés superior del menor”, *loc. cit.*, p. 85) mantiene que es el interés superior del menor el que justifica la necesidad de su pronto retorno al país donde tenía su residencia antes de la sustracción porque ese interés exige la estabilidad del menor.

<sup>25</sup> *Vid.* A. GRAMMATICAKI-ALEXION, *loc. cit.*, pp. 342 y ss. Recientemente, *vid.* M<sup>a</sup>V. CUARTERO RUBIO, “La sustracción internacional de menores ante el juez: a vueltas con la racionalidad del Convenio de La Haya de 1980 y la ponderación”, en M<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021 (en prensa), quien mantiene que la restitución se corresponde con el interés superior del menor, aunque dicho interés superior ha de ponderarse con el derecho a la vida familiar de las personas relacionadas con el menor y con el respeto a las garantías procesales. Entiendo que si bien como principio general lo que mejor se ajusta al interés del menor es la restitución en los supuestos de sustracción, lo que ha de determinarse es en cada caso concreto qué es lo que mejor responde a ese interés, pudiendo ser que en determinadas circunstancias ese interés exigiera la permanencia del menor en el país al que había sido desplazado.

<sup>26</sup> *Vid.* núm. 138 de la STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (solicitud n<sup>o</sup> 41615/07). *Vid.* también la STEDH de 26 de noviembre de 2013, *X v. Letonia* (solicitud n<sup>o</sup> 27853/09). *Vid.* en España la STC (Sala Segunda) 16/2016 de 1 de febrero, ECLI:ES:TC:2016:16. *Vid.* sobre esta sentencia C.M. CAAMIÑO DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *CDT*, 2016, vol. 8, núm. 2, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3254/1920>.

<sup>27</sup> Lo que enlaza con la propuesta que realiza M<sup>a</sup> V. CUARTERO RUBIO (*loc. cit.*, esp. epígrafe IV).

nuestro propósito, puesto que no podremos eludir esta consideración cuando se trate de valorar si se ha producido o no una vulneración del Convenio de La Haya; lo que será especialmente interesante cuando consideremos posibles remedios a esta vulneración que se ubican fuera del marco de la Conferencia de La Haya de DIPr.

En el caso de la UE, lo anterior tiene que ser matizado, ya que, tal y como se ha adelantado, las exigencias derivadas de la integración europea operan en un sentido diferente al que acabamos de ver. Aquí resulta especialmente relevante responder a las exigencias de la integración europea, que apuntan precisamente en la dirección de facilitar la restitución y reducir los motivos de no denegación. De esta forma, cuando se acuda a los mecanismos previstos en el Derecho de la UE nos podremos encontrar con exigencias contradictorias con las que resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Obviamente, tanto este último instrumento (y el sistema de garantías de los derechos fundamentales en el que se inserta) como el ordenamiento de la UE mantienen que no ha de existir contradicción entre las exigencias de uno y otro; pero será necesario precisar y matizar para que esta exigencia de principio se convierta en reglas y procedimientos que consigan, en cada concreto supuesto, conciliar las exigencias de todos los ordenamientos conectados con el caso.

## 2. Cooperación entre autoridades

7. La restitución de menores no puede operar sin una fluida comunicación entre autoridades de diferentes estados. Si la restitución del menor es el objetivo que da sentido tanto al Convenio de La Haya de 1980 como a los Reglamentos europeos, el mecanismo que permite llegar a ese objetivo es la cooperación entre autoridades<sup>28</sup>. Esta cooperación permite, por ejemplo, que la solicitud de restitución pueda ser presentada en el estado de la residencia del menor para que sea la autoridad central de dicho estado la que se dirija a la del estado al que ha sido desplazado el menor o donde ha sido retenido. La obligación de cooperación entre las autoridades centrales designadas en cada uno de los estados vinculados por el Convenio se concreta en su art. 7 e incluye el traspaso de la información necesaria para encontrar al menor y poder decidir sobre la restitución teniendo en cuenta sus circunstancias y el contexto legal. La cooperación entre autoridades también es necesaria para facilitar la consecución de una solución amistosa al caso. La información facilitada por las autoridades del estado de la residencia del menor, incluida su autoridad central, deberán ser tenidas en cuenta para la valoración, en su caso, de la decisión de no retornar al menor, tal y como nos recuerda el art. 13 del Convenio. La obligación de cooperación entre autoridades centrales también se extiende a las medidas en relación a los derechos de visita (art. 21 del Convenio).

Esta obligación de cooperación entre autoridades se refuerza en el Reglamento 2201/2003. Así, se prevé específicamente que en caso de dictarse una decisión de no restitución, dicha decisión deberá trasladarse de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del estado de residencia del menor con anterioridad al desplazamiento (art. 11.6), y el Reglamento 2019/1111<sup>29</sup> establece la posibilidad de comunicación directa entre autoridades, o por medio de las autoridades centrales, antes de decidir el no retorno del menor (art. 27.4 del Reglamento 2019/1111). Además, se prevé la comunicación entre autoridades en el caso de denegación de la restitución por apreciar que existe grave riesgo para el menor en caso de restitución o por atender a los deseos del menor (art. 29.3 del Reglamento 2019/1111). Tal como se ha avanzado, la lógica de los Reglamentos europeos es la de responder a la

<sup>28</sup> *Vid.*, por ejemplo, TH. KRUGER, *International Child Abduction*, Oxford/Portland (Oregon), 2011, pp. 113-114; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 11ª ed. 2020, p. 431. Para una descripción del funcionamiento del mecanismo del Convenio nos remitimos a las obras generales existentes. En este sentido es especialmente útil la explicación gráfica que puede encontrarse en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 435-437, tomada de la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (Comisión/Red Judicial Europea, p. 38). Para el Reglamento Bruselas II bis, *vid.* la guía práctica para este Reglamento de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed>, pp. 49 y ss.). *Vid.* también A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 2143-2165 y 2167-2170.

<sup>29</sup> *Vid. supra* n. núm. 10.

confianza exigida entre autoridades de estados diferentes de la UE, lo que redundará en limitar las posibilidades de denegación de la restitución del menor.

8. Dado que el proceso de sustracción puede implicar a autoridades de estados diferentes; en principio y con mayor frecuencia, del estado de la residencia original del menor y del estado al que es desplazado o en el que es retenido, el incumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 o de los Reglamentos europeos puede darse tanto en relación al estado al que ha sido desplazado el menor como en el estado en el que residía originalmente o en cualquier otro estado que tenga conexiones con el caso<sup>30</sup>. Así, en el caso de que el estado de la residencia original del menor no traslade a las autoridades de estado donde se encuentra el menor la solicitud de activación de los mecanismos previstos en el Convenio de La Haya (y a los que, como hemos visto, se remiten los Reglamentos de la UE).

En esta línea, si el proceso se dilata en el estado la que ha sido desplazado el menor sin que haya una decisión sobre la sustracción o se produce una decisión sobre la custodia cuando aún no existe un pronunciamiento sobre la devolución del menor se produce una infracción del Convenio o del Reglamento en dicho estado, pero que puede acabar afectando también a las autoridades del estado de la residencia del menor con anterioridad a la sustracción. Tenemos que fijarnos también en el caso en el que se produce una decisión sobre el fondo en el estado al que ha sido desplazado el menor antes de resolver sobre la sustracción<sup>31</sup>. El art. 11 del Convenio de La Haya prevé que la autoridad central del estado requirente se dirija a la autoridad central del estado requerido para que ésta reclame una explicación de la autoridad judicial o administrativa competente. Además de esto, hemos de tener también en cuenta que el incumplimiento del Convenio de La Haya supone la vulneración de una obligación internacional frente a la que se pueden exigir responsabilidades por parte de los otros estados contratantes a través de los mecanismos pertinentes de Derecho internacional público. Es cierto que el incumplimiento de convenios de DIPr no suele implicar que se pongan en marcha los mecanismos propios de la responsabilidad estatal como sujeto de Derecho internacional; pero no hay nada que lo impida y, de hecho, se conoce algún caso en el que sí se pusieron en marcha estos mecanismos<sup>32</sup>. Es por eso que no resultaría imposible que se recurriera a los procedimientos propios del Derecho internacional público para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio de La Haya y también sería posible que se utilizaran los procedimientos propios del Derecho interno de los estados implicados en el caso para exigir a las autoridades de dicho estado que pusieran en marcha los mecanismos previstos en el Convenio para conseguir la devolución del menor. No será fácil, sin embargo, que estos mecanismos prosperen, pues el ámbito de las relaciones internacionales estará, en buena medida, incluido entre las materias en las que la administración goza de libertad para desarrollar sus políticas sin que nazcan derechos subjetivos de los particulares como consecuencia de la inacción de los poderes públicos. Será, en cualquier caso, el sistema jurídico de cada estado el que delimite el margen de actuación de los particulares en las reclamaciones que puedan presentar contra el estado por no poner en marcha los mecanismos previstos en el Convenio de La Haya o aquellos que prevé el Derecho internacional público para denunciar el incumplimiento por otros estados de sus obligaciones convencionales. Volveremos sobre esto un poco más adelante.

### 3. Relaciones estructurales

9. La devolución del menor es, tal y como se ha explicado, el objetivo básico del Convenio de La Haya de 1980. Se pretende desincentivar ese traslado impidiendo que pueda suponer algún tipo de

<sup>30</sup> Un estado al que hubiera sido desplazado temporalmente el menor antes de ser trasladado al estado en el que se encuentra en el momento de iniciarse el procedimiento relativo a la sustracción, por ejemplo.

<sup>31</sup> En el siguiente epígrafe se comentará la relación existente entre las reglas de competencia judicial y la resolución de los procesos de sustracción.

<sup>32</sup> El caso *Boll* que enfrentó a los Países Bajos y a Suecia en relación a la aplicación del Convenio de La Haya de 1902 sobre protección de menores, llegándose a la decisión de 28 de noviembre de 1958 del Tribunal Internacional de Justicia (<http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1958/8.html>).

ventaja para quien ha desplazado al menor o lo retiene en un estado diferente del de su residencia. Esta ventaja iría vinculada a la posibilidad de que las autoridades de la nueva residencia se pronunciaran sobre la cuestión de fondo; normalmente la atribución de la custodia; confiando en que esas autoridades sean más favorables a los intereses de quien promueve el desplazamiento o la retención (normalmente, uno de los progenitores) que las del estado de la residencia del niño. El supuesto típico en el que se insertaría el desplazamiento sería aquel en el que una pareja mixta (integrada por personas de nacionalidad o con residencia originariamente en estados diferentes) tiene un hijo. Una vez que surgen desavenencias en la pareja, alguno de sus integrantes intenta que sean los tribunales del estado de su nacionalidad o de donde se encuentra su origen los que se pronuncien. Dada la vinculación entre competencia en materia de responsabilidad parental y residencia del menor, se calcula que si se traslada al menor al estado cuyos tribunales pretende que se pronuncien, dicha competencia acabará siendo reconocida, siendo posible, a partir de ahí, que dicten una resolución sobre el fondo que podría paralizar el reconocimiento de las decisiones que pudieran adoptarse en otros países y también podría ser reconocida en otros estados. De esta forma, la sustracción internacional desplegaría los mismos efectos que el *forum shopping*<sup>33</sup>.

La devolución inmediata del menor tendría como finalidad, entre otras, evitar este pronunciamiento sobre el fondo una vez producido el desplazamiento. Dado que el criterio de competencia en materia de protección de menores es, con frecuencia, la residencia de éste<sup>34</sup>, el mantenimiento del menor en el estado al que ha sido desplazado o donde es retenido podría acabar atribuyendo competencia a los tribunales de dicho estado para pronunciarse sobre el fondo del asunto. La devolución impediría que se consolidara dicha residencia. Ahora bien, con el fin de evitar que el proceso pudiera iniciarse en el momento en el que el menor aún se encuentra en el estado que ha de proceder a su devolución, y continuara una vez producida ésta<sup>35</sup>; el Convenio de La Haya de 1980 prevé que no pueda iniciarse ningún proceso sobre el fondo hasta que no se haya decidido sobre la restitución del menor<sup>36</sup>. Se impide así que pueda especularse con la sustracción intentando que pueda tener algún efecto en relación a la determinación de la competencia en cuanto al fondo del asunto.

**10.** El art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 es, por tanto, una regla que incide, al menos tangencialmente, en la regulación sobre la competencia judicial internacional en un instrumento que no regula esta materia. Tal como se ha indicado, el Convenio de La Haya es un convenio “fáctico”<sup>37</sup> que regula la actuación de las autoridades orientada a la devolución del menor y la cooperación entre ellas. El art. 16 no supone, por tanto, una regulación de la competencia judicial internacional, sino tan solo una obligación en relación a la asunción de dicha competencia que deberá tenerse en cuenta cuando se apliquen los instrumentos que regulan directamente la competencia judicial internacional. Podría plantearse, al menos desde una perspectiva teórica, que la existencia de esta norma podría conducir a alguna contradicción con las normas reguladoras de la competencia judicial internacional; pero, como veremos, esto no es así.

En primer lugar (y de ello nos ocuparemos en el siguiente número), los diferentes instrumentos ya regulan en qué forma se han de proyectar las reglas de competencia judicial internacional sobre los casos de sustracción internacional de menores. Pero es que, además, en segundo término, la prohibición

<sup>33</sup> Cf. A. GRAMMATICAKI-ALEXION, *loc. cit.*, p. 326.

<sup>34</sup> Vid. el art. 5 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 (<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>), el art. 8 del Reglamento 2201/2003, el art. 7 del Reglamento 2019/1111 o el art. 22 quáter d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>35</sup> En aplicación del principio de *perpetuatio iurisdictionis*. Vid. sobre este principio y sus excepciones E.M. RODRÍGUEZ GAYÁN, “Excepciones a la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional”, *RCEA*, 1993, vol. IX, pp. 107-127.

<sup>36</sup> Art. 16 del Convenio de La Haya de 1980: “Después de haber sido informados de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que se haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”.

<sup>37</sup> Vid. *supra* n. núm. 16.

de pronunciarse sobre el fondo de la custodia una vez advertido el traslado ilícito no ha de entenderse necesariamente como una limitación de la competencia judicial internacional, ya que, existiendo ésta, se trataría solamente de retrasar la decisión al momento en el que ya se haya decidido sobre la custodia<sup>38</sup>. Nos encontraríamos, por tanto, ante un obstáculo procesal para poder dictar una sentencia sobre el fondo, pero que no implicaría necesariamente una limitación a la competencia judicial internacional de los tribunales del estado al que se ha desplazado el menor. De hecho, el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 debe operar incluso en aquellos casos en los que no hay duda sobre la competencia judicial internacional de los tribunales del estado al que se ha desplazado o donde se encuentra retenido el menor<sup>39</sup>

**11.** La asunción de competencia en cuanto al fondo del asunto cuando todavía no se ha decidido sobre el retorno del menor es, por tanto, una infracción directa del Convenio de la Haya de 1980; pero puede tener consecuencias también más allá de este instrumento. Dado que, como hemos visto, el criterio habitual de competencia en materia de responsabilidad parental es la residencia, si los tribunales del estado al que ha sido desplazado el menor asumen competencia en relación al fondo del asunto, pese a que no pueda considerarse al menor como residente en dicho estado; se estaría vulnerando también la normativa sobre competencia judicial internacional contenida en los instrumentos que regulan esta materia.

Ciertamente, podría plantearse la duda de si el hecho de que el menor se encuentre en el estado al que ha sido desplazado o donde ha sido retenido ha de bastar para considerar que su residencia se haya en dicho estado<sup>40</sup>; ahora bien, en algunos instrumentos ya se ha tenido en cuenta este problema y se ha indicado expresamente que en los casos de sustracción internacional de menores la competencia sobre el fondo del asunto se mantiene en los tribunales del estado donde se encontraba la residencia del menor antes del desplazamiento ilícito<sup>41</sup>. De esta forma, la asunción de competencia sin que se haya resuelto sobre la cuestión de la sustracción podría suponer también desconocer la regulación en materia de competencia judicial internacional. Incluso aunque no fuera así, el pronunciamiento supondría la vulneración del art. 16 del Convenio de La Haya<sup>42</sup>

Llamamos la atención sobre las relaciones entre la determinación de la competencia judicial internacional y la sustracción de menores porque en el caso que nos servía para introducir el problema se ha producido la situación que se describía en el número anterior: se decidió sobre el fondo del asunto (la custodia del niño) antes de resolver sobre su retorno a España. Es más, de acuerdo con las informaciones de las que disponemos, se hizo expreso que se suspendía el proceso de restitución en tanto en cuanto no se resolviera sobre el fondo, lo que supone realizar justamente lo contrario a lo obligado de acuerdo

<sup>38</sup> El art. 16 del Convenio de La Haya no supondría, por ejemplo, la terminación de los procedimientos abiertos sobre la custodia del menor en el estado al que ha sido desplazado, sino su suspensión, *vid.* G. CARELLA, "La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, año XCIII, núm. 4, pp. 777-794, p. 788. *Vid.* también sobre esta perspectiva R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 96-105; P. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>39</sup> Porque esa competencia se derive, por ejemplo, de la nacionalidad del menor, tal como prevé, por ejemplo, el art. 4 del Convenio de La Haya de 1961 (Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39>). Existe, sin embargo, jurisprudencia contradictoria sobre esta cuestión en diversos estados, *vid.* las referencias contenidas en P. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 53-54, n. núm. 71.

<sup>40</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 28-30.

<sup>41</sup> *Vid.* el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de los niños, el art. 10 del Reglamento 2201/2003 y el art. 9 del Reglamento 2019/1111. Sobre la necesidad de extender dicho mantenimiento de la competencia también en los casos en los que el desplazamiento del menor se produzca a un estado no vinculado por estos instrumentos *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>42</sup> En España es necesario hacer referencia a la sentencia de la AP de Almería de 27 de octubre de 1993 (*REDI*, 1994, vol. XLVI, núm. 1, pp. 341-342, "Nota" de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *ibid.*, pp. 342-345) que pese a ordenar la restitución de los menores entró en el fondo del asunto. Esta sentencia fue objeto de recurso de casación ante el TS, quien en sentencia de 22 de junio de 1998 declaró que la interpretación correcta del art. 16 del Convenio de La Haya es la de que los órganos jurisdiccionales del estado al que se ha desplazado el menor no podrán pronunciarse sobre el fondo del asunto en tanto no se haya determinado que no procede la restitución del menor. *Vid.* el comentario a esta sentencia de J.M. ESPINAR VICENTE ("Comentario a la Sent. 604/1998 de la Sala 1ª del TS. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980", *AC*, 1999, núm. 2, pp. 31-47).

con lo previsto en el art. 16 del Convenio de La Haya. Ahora tendremos que examinar qué mecanismos existen para poner remedio a situaciones como ésta.

### III. Convenio de La Haya de 1980

#### 1. El seguimiento de la aplicación del Convenio

12. A salvo de la posibilidad de acudir al TIJ en caso de que un estado vinculado por el Convenio considere que otro estado no está cumpliendo las obligaciones que se derivan de él<sup>43</sup>, no existe un órgano supranacional que determine de manera definitiva si se ha producido un incumplimiento del Convenio de La Haya. Esta ausencia, que es propia de todos los instrumentos convencionales, no puede ser obviada cuando se analizan los posibles incumplimientos del instrumento. Es claro que la autoridad que puede haber incurrido en dicho incumplimiento no creará –en la mayoría de los casos– que ha obrado al margen de lo previsto en el instrumento internacional; o si es consciente de que su comportamiento no se ajusta a lo previsto en el Convenio, pretenderá que su actuación está cubierta por la necesidad de atender a una obligación jurídica que resulta de otra fuente normativa (una ley interna, su Constitución, otro instrumento internacional...). De esta forma, no nos encontraremos nunca ante un incumplimiento “objetivo” del Convenio, sino ante una divergencia de opiniones sobre la corrección en la aplicación del instrumento.

De hecho, incluso si existiera un pronunciamiento del TIJ en la materia no estaríamos más que ante otra opinión subjetiva (en este caso, del TIJ); pero con la diferencia de que en este caso esa opinión subjetiva sería dotada de relevancia definitiva; que es lo que caracteriza a la función jurisdiccional<sup>44</sup>. Fuera, sin embargo, de esta posibilidad de recurso al TIJ, las discrepancias que puedan existir en relación a la aplicación del Convenio no se podrán traducir en una declaración vinculante de incumplimiento; lo que no quiere decir que no existan vías para denunciar la falta de adecuación de la actuación de las distintas administraciones implicadas a las exigencias derivadas de la Convención.

13. La Conferencia de La Haya de DIPr es un actor decisivo en relación a la verificación del grado de cumplimiento del instrumento; ya que habilita mecanismos que permiten hacer un seguimiento de la aplicación del Convenio. Estos mecanismos se han traducido en la celebración de varias comisiones especiales en relación a la aplicación del Convenio, pudiendo aprovecharse también las reuniones periódicas de la Conferencia de La Haya para poner sobre la mesa los problemas detectados en la aplicación del instrumento<sup>45</sup>. De hecho, esta mecánica de seguimiento del funcionamiento de los convenios elaborados ha llevado a que se escriba que la Conferencia de La Haya ha pasado de ser una “fábrica de Convenios” a una “niñera de Convenios”<sup>46</sup>. La enorme relevancia práctica del Convenio sobre sustracción de menores justifica que haya una atención continuada sobre la forma en que es aplicado en los diferentes estados y que se ha traducido en la celebración de siete reuniones de la Comisión especial para el seguimiento de la aplicación del Convenio<sup>47</sup>. Además, se han elaborado otros documentos en el marco de la Conferencia, como guías de buenas prácticas en los diferentes aspectos relevantes para la aplicación del Convenio (co-

<sup>43</sup> Y que comentábamos *supra* en el núm. 8 y sobre la que tendremos que volver en el epígrafe III.3.

<sup>44</sup> Y aquí, de nuevo, es indispensable la cita de la monografía de J.L. REQUEJO PAGÉS que ya ha sido mencionada en la n. núm. 6.

<sup>45</sup> *Vid.* por ejemplo, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Comisión especial de octubre de 1989...”, *loc. cit.*, p. 289, donde explica las quejas que se le formularon, como representante española, los delegados de otros países en relación a la aplicación del Convenio de La Haya en nuestro país.

<sup>46</sup> *Cf.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *REDI*, 2019, vol. 71, núm. 2, pp. 23-26, p. 26.

<sup>47</sup> *Vid.* *supra* n. núm. 4. Los documentos relativos a estas reuniones están accesibles aquí: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=57&cid=24>. Los documentos no se limitan a las conclusiones de la Comisión, sino que incluyen los documentos preliminares que incluyen estudios e información sobre la aplicación del Convenio y las dificultades que se encuentran en dicha aplicación. Las reuniones quinta, sexta y séptima trataron conjuntamente la aplicación de los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y de 1996 sobre protección de menores.

municación entre autoridades judiciales o mediación, por ejemplo) o cuestionarios dirigidos a los estados en relación a las dificultades que se plantean en relación al instrumento<sup>48</sup>.

**14.** Los mecanismos que se acaban de describir se enmarcarían en lo que se conoce como “*soft law*”. Se trata de guías o recomendaciones, no de obligaciones. Esto, sin embargo, no les priva de eficacia; lo que sucede es que implica una metodología diferente de la que apreciamos cuando un tribunal ha de decidir sobre una pretensión concreta declarando un incumplimiento, estableciendo una obligación y reconociendo un derecho. Nada de esto opera aquí. Así, se evita hablar de incumplimientos y se prefiere utilizar el término “problema”<sup>49</sup>; o también el de “dificultades” o equivalente. Así, por ejemplo, la existencia de interpretaciones divergentes en diferentes estados de los mismos conceptos del Convenio no es presentada mediante la dicotomía entre interpretaciones correctas e incorrectas; sino que la divergencia en sí se plantea como una circunstancia que ha de superarse a través de las herramientas existentes o mediante otras que puedan crearse<sup>50</sup>.

Esta aproximación es, probablemente, la única posible ante la ausencia de instrumentos efectivos que puedan determinar cuál es la interpretación correcta de los términos del Convenio, concretar las obligaciones que se derivan del instrumento de manera imperativa y forzar a su cumplimiento en el caso de que este no se produzca de manera voluntaria. Ante la ausencia de esta posibilidad; el conocimiento de la situación real en la aplicación del Convenio y su denuncia pueden ser mecanismos eficientes. Si se siguen las crónicas de A. Borrás<sup>51</sup> sobre las Comisiones Especiales sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 queda claro: en la reunión de 1989 se puso de manifiesto que España no estaba procediendo a la devolución de los menores con la celeridad y en las condiciones fijadas por el Convenio<sup>52</sup>; lo que condujo a que España llevara a cabo diversas actuaciones que condujeron a que en la siguiente reunión de la Comisión Especial, la celebrada en el año 1993<sup>53</sup> se hiciera explícita la evolución positiva de la práctica española en la aplicación del Convenio<sup>54</sup>.

Se trata, sin embargo, de medidas que ninguna influencia pueden tener en relación a los casos concretos ya resueltos. Las vulneraciones que puedan sufrir las personas como consecuencia del incumplimiento del Convenio no se verán satisfechas por el seguimiento que hagan el resto de estados o la Conferencia de La Haya de DIPr de las dificultades o problemas que se identifican en la aplicación del instrumento. Para esto deberemos recurrir a otros mecanismos.

## 2. El recurso al Tribunal de Estrasburgo

**15.** La aplicación del Convenio de La Haya de 1980 no es indiferente para el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Son varias las resoluciones del TEDH que se ocupan de supuestos de

<sup>48</sup> Todos estos documentos están accesibles en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

<sup>49</sup> *Vid.*, por ejemplo, la conclusión núm. 3 adoptada en la séptima reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación de los Convenios de 1980 y de 1996 del año 2017 (<https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>): “The Special Commission acknowledges that globally is still a severe problem of delays that affect the efficient operation of the Convention”.

<sup>50</sup> *Vid.* la conclusión núm. 19 de la séptima reunión de la Comisión Especial a la que nos referíamos en la n. anterior: “The Special Commission notes significant variations among Contracting States as to their interpretation of the scope of Article 21, as well as on the relationship between Access/contact under the 1980 Convention and under the 1996 Convention. In the interest of securing protection for access/contact rights under both Conventions, the Special Commission invites the Permanent Bureau to: i) identify existing variations and discrepancies; ii) assess to what extent they could be addressed and clarified with existing HCCH tools; and, iii) in due course report to the Council on General Affairs and Policy, for a decision on the kind of work, if any, that should be developed in advance of the next Special Commission”.

<sup>51</sup> *Vid. supra* n. núm. 4.

<sup>52</sup> *Cf.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *loc. cit. supra* n. núm. 45, p. 289.

<sup>53</sup> Aquí puede leerse el informe relativo a esa reunión: <https://www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>.

<sup>54</sup> *Vid.* p. 3. *Vid.* también A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)”, *REDI*, 1993, vol. XLV, núm. 2, pp. 645-647, pp. 646-647.

sustracción internacional de menores y de cómo la aplicación o inaplicación del Convenio de La Haya ha incidido en los derechos amparados por el CEDH<sup>55</sup>. De esta manera, el Tribunal de Estrasburgo se ha convertido en una institución relevante para la aplicación del Convenio de 1980 en aquellos estados parte de éste último que también están vinculados por el primero. Ahora bien, la función del TEDH no es determinar si el Convenio de La Haya se ha aplicado correctamente, por lo que las valoraciones que realice este Tribunal han de insertarse en el control que hace del cumplimiento del CEDH.

La conexión entre el CEDH y el Convenio de la Haya se produce, fundamentalmente, a través del derecho a la vida personal y familiar. La vida del menor se ve perturbada por la sustracción, que además supone normalmente la ruptura de la vida familiar que el menor mantenía con el progenitor (u otra persona con la que conviviera) con el que residía antes de la sustracción o la retención. Dado que la sustracción, normalmente, se realiza sin intervención de las autoridades públicas, el desplazamiento o la retención en sí no pueden ser objeto de fiscalización ante el TEDH, que es competente para determinar si son los estados, incluyendo aquí todas las administraciones que lo integran, quienes han vulnerado los derechos recogidos en el CEDH. Ahora bien, la actuación o la no actuación, tanto del estado de origen del menor como aquel al que ha sido desplazado (siempre que se trate de estados vinculados por el CEDH) sí puede ser objeto de enjuiciamiento por el Tribunal de Estrasburgo, quien determinará si se ha producido una injerencia no justificada en la vida privada y familiar (obligación negativa) como un incumplimiento de la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para restablecer la vida familiar que había sido perturbada. Nos ocuparemos de ello a continuación.

**16.** En lo que se refiere a la obligación positiva, ésta se concretará en la necesidad de que las autoridades adopten todas las medidas necesarias para conseguir la devolución del menor en caso de que esto sea lo que corresponde hacer de acuerdo con el interés superior del menor. Así se estableció en la STEDH de 29 de abril de 2003<sup>56</sup>, en la que se trataba de determinar si las autoridades españolas habían hecho los esfuerzos necesarios para conseguir el retorno desde Estados Unidos de un menor que había sido desplazado desde España por uno de sus progenitores. El otro progenitor (la madre) había denunciado el caso ante los tribunales españoles por la vía penal, y pese a que era evidente que el menor había sido desplazado a Estados Unidos, que es estado parte del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades españolas no utilizaron los mecanismos previstos en el Convenio. El TEDH recuerda que no era preciso que el Convenio fuera alegado por el progenitor interesado, pudiendo las autoridades actuar de oficio<sup>57</sup>. De hecho, cabría plantearse que en caso de que la normativa aplicable no permitiera esta actuación de oficio, podría existir incumplimiento del estado en tanto en cuanto le corresponde a éste dotarse de los medios necesarios para garantizar la efectividad de los derechos recogidos en el CEDH y, en el caso que nos ocupa, específicamente del derecho a la vida personal y familiar recogido en el art. 8 del mencionado Convenio<sup>58</sup>.

Así pues, en los casos en los que se produzca el desplazamiento o la retención ilícitos y este desplazamiento suponga una perturbación de la vida personal y familiar del menor o de las personas que con él se relacionan (normalmente sus otros progenitores, pero sin que se excluya a otros familiares<sup>59</sup>), la no utilización de los mecanismos que ofrece el Convenio de La Haya puede ser considerado como una vulneración de la obligación positiva del estado de poner los medios necesarios para restablecer la vida familiar. Hemos visto decisiones en las que se ha declarado que la no actuación de las autoridades del estado donde se encontraba inicialmente la residencia habitual del menor suponían una vulneración del

<sup>55</sup> Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 430-431.

<sup>56</sup> STEDH de 29 de abril de 2003, *Iglesias Gil and A.U.I. v. España*, solicitud nº 56673/00,

<sup>57</sup> Vid. en particular los núms. 57 a 59 de la sentencia. Reproduzco el núm. 59: "Once the Spanish authorities had established that the child had been wrongfully removed, the Court considers that the national authorities concerned should have taken appropriate measures as set out in the relevant provisions of the Hague Convention to secure his return to its mother. The authorities did not take any of the measures prescribed in the Hague Convention to facilitate the enforcement of the court orders in favour of the first applicant and her child".

<sup>58</sup> Vid. los núms. 107 y 108 de la STEDH de 25 de enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide v. Rumania*, solicitud nº 31679/96).

<sup>59</sup> Vid. M. PRESNO LINERA, "El Derecho Europeo de Familia", *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 22, 2008, pp. 17-18 y referencias ahí contenidas sobre la extensión de la protección de la vida familiar a personas que no son los progenitores y sus hijos.

CEDH; pero, por la misma razón, el incumplimiento de estas obligaciones por parte de las autoridades del estado al que se ha desplazado al menor o donde se le ha retenido debería suponer igualmente un incumplimiento de las obligaciones que se derivan del CEDH.

17. Si de las obligaciones positivas pasamos a las negativas, comprobamos que el estado estará obligado a respetar la vida personal y familiar y no injerir en ella sin causa justificada. En este caso la relación entre el Convenio de la Haya y el CEDH es, quizás, más problemática, puesto que en los casos en los que se ha planteado la forma en que incide el segundo sobre el primero lo que se ha examinado es si el retorno decidido por las autoridades del estado en el que se encuentra el menor sustraído es compatible con las exigencias de respeto a la vida familiar teniendo en cuenta el interés superior del menor. Ya habíamos adelantado que esta tensión entre obligación de retorno y verificación de lo más adecuado en cada caso para el menor suponía examinar la forma en que se aplicaban las excepciones a la devolución que recoge el Convenio de La Haya de 1980<sup>60</sup>, de tal forma que se haga compatible la aplicación de este Convenio y el respeto a las exigencias que se derivan del CEDH. Lo que en ocasiones puede no ser sencillo.

Desde esta perspectiva, la de las obligaciones negativas, el TEDH no reforzará la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, sino que, en su caso, entenderá que no se produce infracción del CEDH cuando se adopte una decisión de retorno en el marco del Convenio de La Haya por entender que esa decisión de retorno, pese a que afecte a la vida personal o familiar del menor tal como se estaba desarrollando en el estado al que había sido desplazado o donde había sido retenido, se ajusta a la ley y responde a los fines que recoge el art. 8.2 del CEDH<sup>61</sup>. Pueden existir supuestos, sin embargo, en los que entienda que esa devolución no responde a ese interés o que se ha producido sin respetar las necesarias garantías del procedimiento; con lo que en este caso desautorizará la aplicación del Convenio de 1980<sup>62</sup>. A partir de aquí, deberá determinarse si nos encontramos ante una mala aplicación del Convenio de La Haya, que a su vez ha llevado a una quiebra del CEDH, o si, por el contrario, es el propio tenor del Convenio el que no se ajusta a las exigencias del sistema europeo de protección de Derechos Fundamentales. Lógicamente, el TEDH no es quien ha de pronunciarse sobre este extremo de una manera definitiva, por lo que lo que en realidad se abre es un diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales al que ha de estar atenta la Conferencia de La Haya de DIPr.

18. Da cuenta de este diálogo la Conclusión núm. 17 de la Séptima reunión de la Comisión especial sobre la aplicación práctica de los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996 del 10 al 17 de octubre de 2017<sup>63</sup>, en la que se toma nota de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación al Convenio de La Haya, en concreto, la decisión *X. v. Letonia*, que había sido dictada después de la sexta reunión de la Comisión especial<sup>64</sup> y destaca la explícita referencia del TEDH a la necesidad de considerar el Convenio de La Haya en la resolución de los casos de sustracción internacional de menores<sup>65</sup>. El Tribunal de Estrasburgo defiende una aplicación armoniosa del Convenio de La Haya y del Convenio de 1980 a partir de la consideración del interés superior del niño como eje tanto del Derecho internacional como del Convenio de La Haya<sup>66</sup>. De esta forma, sería posible hacer compatibles las exigencias derivadas del Convenio y las que se derivan del CEDH.

<sup>60</sup> *Vid. supra* núm. 6 y especialmente las STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (solicitud nº 41615/07) y de 26 de noviembre de 2013, *X v. Letonia* (solicitud nº 27853/09).

<sup>61</sup> *Vid.* núm. 54 de la sentencia *X. v. Letonia*.

<sup>62</sup> *Vid.* M<sup>o</sup>V. CUARTERO RUBIO, *loc cit.*, esp. epígrafe III.

<sup>63</sup> *Vid. supra* n. núm. 49.

<sup>64</sup> Que tuvo lugar en el año 2011. Aquí se puede acceder a los documentos de esa reunión: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6224&dtid=57>.

<sup>65</sup> *Vid.* núms. 92 y ss. de la sentencia *X. v. Letonia*.

<sup>66</sup> *Vid.* núm. 94 de la sentencia (“This approach involves a combined and harmonious application of the international instruments, and in particular in the instant case of the Convention and the Hague Convention, regard being had to its purpose and its impact on the protection of the rights of the children and parents”), núm. 96 (“The Court reiterates that there is a broad consensus –including in international law– in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount”) y núm. 97 (“The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which associates this interest

El resultado de lo anterior es que será necesario interpretar las excepciones a la devolución de tal manera que cubran todos aquellos casos en los que dicha devolución no responda al interés superior del menor. Si se actúa de esta manera, resultará que aquellos casos en los que se aplique incorrectamente el Convenio de La Haya, forzando el retorno en un caso en el que no debería procederse al mismo, serán susceptibles de recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, quien debería apreciar la vulneración del art. 8 del CEDH que resultaría de dicha devolución.

**19.** De acuerdo con lo que se acaba de ver, el recurso al Tribunal de Estrasburgo se convertiría en un mecanismo especialmente útil para denunciar las vulneraciones del Convenio de La Haya de 1980. En los supuestos de sustracción internacional de menores es habitual que haya dos situaciones familiares en conflicto; la que se daba antes de la sustracción y la que se crea como consecuencia de esta. Sobre la base de la primera se podrá exigir la aplicación de los mecanismos del Convenio de La Haya para la devolución del menor. Sobre la de la segunda se podrá denunciar la orden de devolución. En cualquiera de los dos casos habrá una situación familiar perjudicada, siendo aquí imprescindible el recurso al Convenio de La Haya, que recoge –como hemos visto– el principio de retorno del menor; aunque exceptuándolo para aquellos casos en los que dicho retorno no responda al interés superior del menor.

Interpretado de esta forma, la coherencia entre el CEDH y el Convenio de La Haya de 1980 puede mantenerse; pero para ello será necesario un diálogo constante entre el Tribunal de Estrasburgo, la Conferencia de La Haya de DIPr y las autoridades nacionales.

Es necesario también indicar que en los casos en los que se aprecie una vulneración del CEDH el Tribunal puede establecer una indemnización en favor de la persona perjudicada (art. 41). La única vía posible de resarcimiento en el caso de incumplimiento por parte de un Estado de las obligaciones derivadas del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.

### 3. Otras medidas

**20.** En los supuestos en los que se agotan los recursos internos y se constata que se ha producido el incumplimiento del Convenio de La Haya (siempre desde la perspectiva subjetiva de la persona afectada, por supuesto), cabe, como acabamos de ver, recurrir al Tribunal de Estrasburgo; para los casos en los que la vulneración alegada ha sido causada por un estado vinculado por el CEDH. Ahora bien, al margen de esta posibilidad ¿qué otras vías le quedan a quien cree que ha sido perjudicado por esta inaplicación o equivocada aplicación del instrumento?

Si asumimos que el incumplimiento se produce en el estado al que el menor ha sido desplazado, se podría acudir a las autoridades del estado de la residencia del menor con anterioridad a la sustracción a fin de pedir que tales autoridades ejerciten las facultades que les atribuye el Convenio para instar la devolución del menor, y que ya hemos examinado en el epígrafe II.2. En caso de que las autoridades (la Autoridad Central) no acojan esta petición, aún sería posible, al menos en algunos sistemas jurídicos, recurrir a los tribunales para forzar esta actuación de la administración. Así, en el caso del Derecho español, el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>67</sup>, prevé la posibilidad de recurso contra la inactividad de la administración cuando en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. Transcurridos tres meses tras la reclamación infructuosa a la administración cabe plantear el recurso a los tribunales. El Convenio de La Haya de 1980 podría ser considerado como una norma general que, sin precisar actos de aplicación, genera unas determinadas obligaciones para la administración que redundan en derechos para los interesados; en este caso las personas afectadas por el traslado o retención ilícitos del menor.

---

with restoration of the status quo by means of a decision ordering the child's immediate return to his or her country of habitual residence in the event of unlawful abduction, while taking account of the fact that non-return may sometimes prove justifies for objective reasons that correspond to the child's interests, thus explaining the existence of exceptions").

<sup>67</sup> Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *BOE*, 14-VII-1998.

El requerimiento puede darse también en relación a la necesaria cooperación que las autoridades del estado de origen del menor han de prestar a las autoridades del estado en el que se encuentra el menor<sup>68</sup>. La inactividad de las autoridades en esta cooperación también podría ser impugnado ante los tribunales, al menos en España.

**21.** En caso de el procedimiento de sustracción haya concluido de manera definitiva en el estado al que ha sido desplazado o en el que ha sido retenido el menor, podríamos encontrarnos ante un caso de responsabilidad internacional del estado derivada del incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Otros estados parte del Convenio podrían exigir la responsabilidad que se derivara de ese incumplimiento, incluido aquí el estado de la residencia originaria del menor; pero en este caso, la decisión del estado para el inicio del procedimiento internacional no podría ser instado por las personas interesadas con posibilidad de recurrir a los tribunales en caso de negativa de la administración. El art. 29 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que acabamos de mencionar solamente prevé la posibilidad de instar judicialmente la actuación de la administración cuando la persona que actúa tiene algún derecho frente a esta administración, y en este caso no lo hay. El ejercicio de la responsabilidad internacional del estado por el incumplimiento del Convenio no se trasladaría de ninguna forma a la persona que hubiera podido ser perjudicada por dicho incumplimiento, por lo que la decisión sobre actuar o no le corresponde únicamente al estado, sin que pueda aquí verse constreñido por las peticiones de los particulares que hubieran sido afectados por el incumplimiento del estado al que había sido desplazado el menor.

Las actuaciones del estado que, de acuerdo con el Derecho internacional, podrían llevarse a cabo para obtener la declaración de la responsabilidad del estado infractor pueden incluir actuaciones ante el TIJ, la búsqueda de un arreglo por medio de un arbitraje y otros medios como la negociación o la mediación<sup>69</sup>. Todas ellas, sin embargo, y como se acaba de indicar, dependerían de la voluntad del estado y, como se ha adelantado, no es frecuente que el incumplimiento de las normas de DIPr provoquen conflictos diplomáticos.

**22.** El estado también puede utilizar los mecanismos de la protección diplomática en relación a las infracciones del Convenio de La Haya<sup>70</sup>. Ahora bien, hay que tener en cuenta ciertas limitaciones. En primer lugar, que la protección solamente puede ejercerse en favor de los propios nacionales<sup>71</sup>, por lo que en casos en los que quienes estén afectados sean personas que no son nacionales del país de la residencia del menor con anterioridad a la sustracción no podrán verse beneficiados por la protección diplomática ejercida por este país. En el caso con el que se iniciaba esta exposición era eso justamente lo que sucedía: ni el menor sustraído ni su madre eran nacionales españoles, por lo que no existía posibilidad alguna que el estado cuyas autoridades centrales reclamaban la devolución del menor pudieran ejercer la protección diplomática respecto a él.

Además, el particular no tiene un derecho subjetivo al ejercicio de la protección diplomática, por lo que no dispondrá de mecanismos para exigirla. Será decisión discrecional del estado poner en marcha los mecanismos de la protección diplomática. La razón de ello es que el derecho que se ejerce es el propio del estado, no el de los individuos que pudieran verse afectados por el incumplimiento. Esto es, el estado no actúa como representante de los sujetos perjudicados, sino que lo que exige es el cumplimiento de las normativas internacionales en las que el estado es parte y que vinculan a otros estados<sup>72</sup>. Ahora bien, en el caso de España, si el estado no ejerce la protección diplomática y de ello se deriva un perjuicio para el particular, surge un derecho de indemnización que sí puede ser ejercitado ante los tribunales<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Vid., por ejemplo, el párrafo tercero del art. 13 del Convenio.

<sup>69</sup> Vid. sobre esto J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 6ª ed. 1998, pp. 819 y ss.

<sup>70</sup> Sobre la protección diplomática vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 376.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 384.

**23.** Vemos, por tanto, que el particular afectado por el incumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 carece prácticamente de vías efectivas para denunciar dicho incumplimiento más allá del recurso al Tribunal de Estrasburgo en los términos que habíamos visto en el epígrafe anterior. No obstante, hay que señalar que en algunos países podrá instarse judicialmente la actuación de las autoridades para que requieran a las del estado en el que se encuentra el menor la aplicación de los mecanismos previstos en el Convenio sobre sustracción internacional de menores.

Los recursos generales de Derecho internacional público para exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales o la declaración de la responsabilidad que se deriva del incumplimiento están abiertos tan solo al estado como tal, sin que el particular tenga un derecho subjetivo a su utilización; aunque no puede descartarse que en aquellos casos en que quepa el ejercicio de la protección diplomática, la negativa a proteger al propio nacional pueda conducir a la necesidad de indemnizar los daños padecidos como consecuencia de la inaplicación del Convenio de 1980 por parte de las autoridades del estado en el que se encuentra el menor.

## **IV. Reglamentos de la UE**

### **1. El papel de la Comisión Europea, otras instituciones y los estados**

**24.** Si del Convenio de La Haya pasamos a los Reglamentos europeos, la situación es completamente diferente. Al formar parte del ordenamiento de la UE, el respeto a los mismos se ve garantizado por los mismos mecanismos que el resto del Derecho europeo. Aquí el papel del Tribunal de Luxemburgo será determinante; pero antes de entrar en ello examinaremos el papel de la Comisión Europea y otras instituciones. En particular, será muy relevante el papel de la Comisión como institución encargada de velar por la aplicación de los Tratados y de las medidas adoptadas por las instituciones y de supervisar la aplicación del Derecho de la Unión (art. 17.1 del TUE); pero, como veremos, eso no excluye que otras instituciones o los estados miembros tengan un papel en la garantía del cumplimiento de los Reglamentos europeos.

Los mecanismos existentes para garantizar el cumplimiento de la normativa europea descansan, en última instancia, en la posibilidad de obtener una declaración de infracción dictada por el Tribunal de Luxemburgo; pero precisamente la existencia de esta posibilidad habilita mecanismos más flexibles que, en la práctica, pueden resultar de gran ayuda no solamente en la garantía del cumplimiento del Derecho de la UE, sino también para la resolución de las dificultades interpretativas que inevitablemente se plantearán.

**25.** El elemento nuclear en el papel de la Comisión como garante del cumplimiento del Derecho de la UE es la posibilidad que le ofrece el art. 258 del TFUE, y que la habilita para emitir un dictamen motivado sobre el incumplimiento, por parte de un Estado, de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. Previamente habrá de darse oportunidad al estado para presentar sus observaciones; pero una vez emitido el dictamen, el estado deberá atenerse a él. En caso de no hacerlo queda abierta la vía de recurso al Tribunal de Luxemburgo<sup>74</sup>. En el epígrafe 2 nos ocuparemos de este recurso ante el Tribunal de Justicia que, como veremos, también está abierto a los estados. Estos, sin embargo, antes de acudir al Tribunal de Luxemburgo habrán de presentar el caso ante la Comisión<sup>75</sup>, quien deberá emitir un dictamen motivado tras dar a los estados la posibilidad de presentar sus observaciones (art. 259.3 del TFUE).

De esta forma, a diferencia de lo que sucede en el caso del Convenio de La Haya de 1980, sí que existe una institución que tiene atribuida la capacidad de realizar una interpretación “correcta” de los instrumentos, aunque supeditada al criterio último del Tribunal de Luxemburgo. Tal y como ya se

---

<sup>74</sup> Art. 258.2 del TFUE: “Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

<sup>75</sup> Art. 259.2 del TFUE: “Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, deberá someter el asunto a la Comisión”.

explicaba un poco más arriba<sup>76</sup>, esta corrección deriva, precisamente, de que se atribuye esa función a la institución, pero no de que necesariamente sus argumentos o criterios sean superiores a los de cualquier otro; pero hecha esta salvedad, lo cierto es que este papel de la Comisión permitirá, al menos, obtener una declaración sobre el incumplimiento de los Reglamentos europeos en caso de que este incumplimiento se produzca.

**26.** La declaración del incumplimiento por parte de un Estado no es, sin embargo, frecuente (afortunadamente), pero la posibilidad de dicha declaración es un potente incentivo para que cada estado intente poner todos los medios para la correcta aplicación de los instrumentos de la UE. De esta forma, y tal como habíamos comentado en relación al Convenio de La Haya de 1980, en vez de hablar de “incumplimientos” se habla de “problemas” o “dificultades”, lo que implica un enfoque complementario y que puede resultar útil. En el caso de la cooperación judicial civil, en el que se enmarcan los Reglamentos que se ocupan de la sustracción internacional de menores<sup>77</sup>, existe, además, una previsión específica (art. 70 del TFUE), que habilita al Consejo para adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas en relación a la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión para efectuar una evaluación de la aplicación por las autoridades de los estados miembros de las políticas de la Unión. Además, deberá informarse sobre los resultados de la evaluación al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. De esta forma, se pretende contar con herramientas que permitan la cooperación entre las autoridades de distintos estados y las autoridades de la UE, así como afrontar las dificultades en la aplicación de los instrumentos y sus problemas de interpretación.

Como resultado de lo anterior, se cuenta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, creada en el año 2001<sup>78</sup> que, entre otros fines, tiene el buen desarrollo de los procedimientos que tengan una incidencia transfronteriza y la agilización de las solicitudes de cooperación judicial entre los estados miembros, así como la aplicación efectiva y concreta de actos comunitarios o convenios en vigor entre dos o más estados miembros<sup>79</sup>. La Red permite mantener contactos entre autoridades de distintos estados, lo que redundará en la posibilidad de debatir sobre los problemas prácticos y jurídicos en la aplicación de las normas de la UE<sup>80</sup>. La Red judicial es una entidad en el que la Comisión Europea desempeña un papel fundamental<sup>81</sup>; pero en el que también participan el Consejo y los Estados miembros<sup>82</sup>. La Comisión, además, elabora documentos que ayudan a la aplicación de los diferentes instrumentos. Así, por ejemplo, la guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II que ya ha sido citada<sup>83</sup>.

**27.** De acuerdo con esto, por tanto, existirán diferentes mecanismos que pueden ayudar a la aplicación armónica de los instrumentos de la UE sobre sustracción de menores. Se trata de iniciativas que facilitan la comunicación entre autoridades de diferentes estados, el intercambio de información y puntos de vista, la difusión de los problemas y la búsqueda de soluciones comunes en su resolución. Se trata de vías que se asemejan en su planteamiento a las que ya habíamos examinado en relación al Convenio de La Haya de 1980 y que pueden ir completadas por resoluciones de otras instituciones de la UE (el Parlamento, por ejemplo), recomendaciones u otro tipo de “*soft law*” que permitiría un diálogo constructivo entre todos los interesados que permitiría abordar las innegables dificultades que siempre tiene la aplicación de una norma sobre una diversidad de ordenamientos jurídicos que pueden partir, en ocasiones, de planteamientos muy diferentes.

<sup>76</sup> *Vid. supra* núm. 12.

<sup>77</sup> Título V del TFUE (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), específicamente para la cooperación judicial civil, art. 81.

<sup>78</sup> Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (2001/470/CE), *DO*, núm. L 174, de 27 de junio de 2001 (puede accederse a la versión consolidada en la siguiente dirección: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02001D0470-20110101>).

<sup>79</sup> Art. 3 de la Decisión de 28 de mayo de 2001.

<sup>80</sup> Art. 10.1.b) de la Decisión.

<sup>81</sup> La página web de la Red está mantenida por la Comisión Europea, *vid.* <https://e-justice.europa.eu/contentPresentation.do?plang=en&idTaxonomy=365>.

<sup>82</sup> *Vid.*, por ejemplo, el art. 12 de la Decisión

<sup>83</sup> *Vid. supra* n. núm. 28.

De todas formas, la eficacia de estos mecanismos descansa, al menos en parte, en la posibilidad de que la Comisión u otros estados acudan al Tribunal de Luxemburgo para que este declare en última instancia que se ha producido un incumplimiento del Derecho de la UE. Esta posibilidad será un incentivo significativo para aprovechar de buena fe las facilidades que ofrecen los mecanismos de cooperación, comunicación y debate que se acaban de mencionar. A continuación, nos ocuparemos del papel del Tribunal de Luxemburgo, comenzando por su función respecto a las cuestiones prejudiciales para concluir con su papel en la declaración de incumplimiento del Derecho de la UE.

## 2. El papel del Tribunal de Luxemburgo

**28.** En el epígrafe anterior ya indicábamos que cuando la Comisión o un estado entienden que se ha producido el incumplimiento del Derecho de la UE cabe acudir al Tribunal de Luxemburgo para que declare dicho incumplimiento. Nos ocuparemos más delante de ello, para detenernos ahora en una función que se ha mostrado como más relevante desde una perspectiva práctica: la que realiza el Tribunal cuando responde a las cuestiones prejudiciales que le plantean los órganos jurisdiccionales de los estados miembros.

El artículo 19.3 del TUE prevé que el TJUE se pronunciará, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Derecho de la UE y sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta función se desarrolla en el art. 267 del TFUE, donde se indica que la cuestión deberá responderse si es necesario para que el órgano jurisdiccional nacional pueda emitir su fallo y, además, se establece que en el caso de las cuestiones que se planeen ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso, dicho órgano estará obligado a plantear la cuestión prejudicial al TJUE. Los arts. 93 y ss. Del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia<sup>84</sup> se ocupan de las particularidades del procedimiento en relación a las cuestiones prejudiciales.

**29.** La cuestión prejudicial permite a los órganos jurisdiccionales nacionales obtener la interpretación de las disposiciones del Derecho de la UE que sean relevantes para la resolución del caso y sobre las que tenga dudas el órgano jurisdiccional nacional. Se trata de un mecanismo que es, por tanto, esencial para conseguir una aplicación uniforme del Derecho de la UE, y no es preciso destacar su enorme relevancia en todas las materias. De hecho, el análisis de las decisiones del TJUE en la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales es una parte esencial de cualquier exposición del DIPr actual en la UE.

En lo que se refiere a la aplicación de los Reglamentos que se ocupan de la sustracción de menores, hasta el momento, obviamente, solamente ha podido ocuparse del Reglamento 2201/2003, puesto que el Reglamento 2019/1111 comenzará a aplicarse a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105.2 del Reglamento). Ninguna decisión interpretó el precepto dedicado a la sustracción internacional de menores en el Reglamento 1347/2000<sup>85</sup> y en el caso del Reglamento 2201/2003 son cuatro las sentencias que se han ocupado de su art. 11, el que regula la sustracción internacional de menores<sup>86</sup>. En estas decisiones se interpretó dónde debía considerarse situada la residencia de los menores. Así, en la Sentencia de 9 de octubre de 2014 se trataba de determinar si una menor que había sido trasladada desde Francia hasta Irlanda sobre la base de una autorización judicial que posteriormente había sido anulada, conservaba su residencia en Francia o debía entenderse que esta residencia se había trasladado a Irlanda. En la sentencia de 8 de junio de 2017, el Tribunal se pronunció sobre un caso en el que una pareja había decidido que la esposa se trasladara desde Italia a Grecia con el objeto de dar a luz allí y tener la ayuda de su familia;

<sup>84</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp\\_es.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_es.pdf).

<sup>85</sup> Art. 4, *vid. supra* n. núm. 18.

<sup>86</sup> Sentencias de 1 de julio de 2010 (Sala Tercera), As. C-211/10 PPU, *Doris Povse c. Mauro Alpagó*, ECLI:EU:C:2010:400, 9 de octubre de 2014 (Sala Tercera), As. C-376/14 PPU, *C. c. M.*, ECLI:EU:2014:2268; 9 de enero de 2015 (Sala Cuarta), As. C-498/14 PPU, *RG c. SF*, ECLI:EU:2015:3; y de 8 de junio de 2017 (Sala Quinta), As. C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436.

pero con el propósito de regresar a Italia. Tras el nacimiento, sin embargo, la niña permaneció en Grecia junto con su madre y su padre presentó una demanda de restitución al entender que no podía entenderse que la residencia de su hija se encontraba en Grecia.

En las otras dos decisiones que han interpretado el art. 11 del Reglamento 2201/2003, el Tribunal de Luxemburgo trató sobre la posibilidad de que un estado atribuya a un tribunal especializado las competencias sobre sustracción de menores<sup>87</sup> y sobre qué decisiones han de entenderse incluidas en el art. 11.8 del Reglamento<sup>88</sup>.

**30.** La cuestión de la determinación de la residencia del menor es una de las cuestiones que han presentado dificultades en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980<sup>89</sup>, por lo que el papel que puede jugar el Tribunal de Luxemburgo en la interpretación de este concepto resultará relevante; sobre todo porque no es descartable que las concreciones que se hagan, en principio a efectos exclusivos de los estados miembros de la UE, se puedan extender a otros países, dada la comunicación existente entre instrumentos y culturas jurídicas. Ahora bien, será un proceso largo ya que por vía de la cuestión prejudicial el Tribunal de Luxemburgo resuelve el problema concreto planteado y es reacio a aportar criterios que puedan ser generalizables, por lo que será preciso esperar a tener un número relevante de casos para, sobre ellos, poder realizar una construcción en relación a los problemas jurídicos que deja abiertos la aplicación de los instrumentos internacionales en materia de DIPr.

En cualquier caso, el recurso al Tribunal de Luxemburgo en la interpretación del Reglamento 2201/2003 (y en el futuro del Reglamento 2019/1111) reducirá las divergencias en la interpretación de estos instrumentos y, por tanto, también la posibilidad de que se produzcan incumplimientos de la normativa europea. Ahora bien, si se dan esos incumplimientos aún estará abierta la vía del recurso al Tribunal de Luxemburgo que se había avanzado en el epígrafe anterior y sobre el que volveremos inmediatamente.

**31.** Tal y como habíamos visto, los arts. 258 y 259 del TFUE prevén que tanto la Comisión como los estados miembros puedan presentar recurso ante el TJUE en el caso de que un estado no cumpla las obligaciones que le incumben de acuerdo con los Tratados. En caso de que se declare la vulneración del Derecho de la UE, el estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia (art. 260.1 del TFUE) y si, a juicio de la Comisión, estas medidas no son adoptadas, la Comisión podrá someter el asunto al TJUE, quien podrá, a petición de la Comisión, imponer al estado el pago de una suma o una multa coercitiva (art. 260.2 del TFUE).

Es, ciertamente, poco probable que en un caso como el que nos ocupa se llegara a este punto. Sería preciso para ello que un estado siguiera una práctica contraria a lo previsto en las disposiciones sobre sustracción de menores, que pese a los intentos de reconducir la situación se mantuviera esa práctica contraria al reglamento, que no cupiera la duda de si se trataba de un punto de interpretación dudosa y que, incluso tras las observaciones de la Comisión y su dictamen, el proceso ante el Tribunal de Justicia y la sentencia que pudiera dictar éste no se produjera la modificación de la práctica. Esto es, se trataría casi de una situación de abierta rebeldía que difícilmente se prolongaría los años que duraría todo este proceso sin que se fuese corregida.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la posibilidad de recurso al Tribunal de Luxemburgo deba verse como una anécdota, porque es, precisamente, dicha posibilidad de recurso la que dota de especial fuerza a todos los mecanismos previos de comunicación o cooperación. Es ese recurso último al Tribunal lo que permitirá que los mecanismos flexibles que hemos comentado en el epígrafe anterior sean especialmente efectivos. Al fin y al cabo, tal y como ya dejó escrito hace varios siglos Hobbes, “Covenants, without the sword, are but words and of no strength to secure a man at all”<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Sentencia del 9 de enero de 2015.

<sup>88</sup> Sentencia de 1 de julio de 2010. Volveremos sobre esta decisión en el epígrafe siguiente al considerar la incidencia del Tribunal de Estrasburgo en la aplicación de los Reglamentos europeos.

<sup>89</sup> *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, *loc. cit.*, pp. 2132-2134

### 3. El papel del Tribunal de Estrasburgo

32. No podemos olvidar que también cuando se apliquen los Reglamentos europeos es posible el recurso al Tribunal de Estrasburgo, ya que los estados vinculados por el CEDH han de respetar las exigencias de éste también cuando aplican Derecho de la UE. De esta forma, los desarrollos examinados *supra* en el epígrafe III.2 son también relevantes en relación al Reglamento 2201/2003 y, en el futuro para el Reglamento 2019/1111. De hecho, en la sentencia *X. c. Letonia*<sup>91</sup>, pese a que no resultaba aplicable el Reglamento Bruselas II bis, se introduce una referencia al mismo, manteniendo que la filosofía del Convenio de La Haya de 1980 se traslada también al mencionado Reglamento<sup>92</sup>. De hecho, tal como hemos visto, la normativa del Reglamento es complementaria de la del Convenio de La Haya, aunque refuerza los mecanismos de cooperación entre las autoridades de los estados afectados por la sustracción.

Así pues, los mismos desarrollos que habíamos considerado sobre la necesidad de acompañar la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a las exigencias derivadas del CEDH, y que se traducían en que no fuera ordenada la devolución del menor cuando dicha devolución no respondiera al interés superior del menor, deberán tenerse por reproducidas aquí en lo que se refiere a los Reglamentos de la UE. Ahora bien, tal como veremos a continuación, aún puede hacerse un matiz como consecuencia de la existencia del fenómeno de integración europeo.

33. El Tribunal de Estrasburgo ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la compatibilidad entre las exigencias derivadas del CEDH y la existencia de un ámbito de integración como el europeo en el que los estados participantes están obligados a reducir los controles de las decisiones producidas en otros estados que participan en el mismo espacio de integración. En relación a esto, el Tribunal de Estrasburgo ha mantenido que una reducción de los controles en el estado requerido, en los supuestos de reconocimiento de decisiones adoptadas en otro Estado miembro de la UE, era admisible en tanto en cuanto todos los Estados implicados compartían un mismo sistema de tutela en origen de los derechos fundamentales<sup>93</sup>. La sentencia *Povse* del Tribunal de Estrasburgo<sup>94</sup> admitió que no infringía las obligaciones derivadas del CEDH el reconocimiento de una decisión que obligaba a la restitución del menor<sup>95</sup> en tanto en cuanto este reconocimiento respondía a las exigencias derivadas de un sistema de integración que, en su conjunto, prevé un sistema de garantías del respeto a los derechos fundamentales<sup>96</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante otra manifestación del intento del TEDH de realizar una interpretación del CEDH que sea armónica con el resto de instrumentos internacionales que vinculan a los estados miembros del Consejo de Europa. No se descarta de manera absoluta que el TEDH pueda entrar a verificar la adecuación en la actuación de los estados miembros en aplicación de los instrumentos europeos; en concreto en aquellos casos en los que las autoridades del estado hubieran ejercido algún grado de discrecionalidad o cuando la protección de los derechos fundamentales ejercida en el estado de origen fuera manifiestamente deficiente<sup>97</sup>.

34. Los principios anteriores pueden ser trasladados a los mecanismos en caso de sustracción internacional de menores. Recordemos que en el caso *Povse* no se trataba propiamente de la utilización de esos mecanismos (devolución inmediata del menor o rechazo a dicha devolución por encontrarnos en alguno de los supuestos excepcionales en los que lo que mejor se adecua al interés superior del menor es permanecer en el estado al que ha sido trasladado o donde se encuentra retenido); sino del reconocimien-

<sup>91</sup> *Vid. supra* n. núm. 60.

<sup>92</sup> *Vid.* núm. 97 de la sentencia.

<sup>93</sup> *Vid.* sobre esto recientemente M<sup>a</sup>V. CUARTERO RUBIO, *op. cit.*, pp. 86-91.

<sup>94</sup> Decisión de 18 de junio de 2013, *Sofia Povse y Doris Povse c. Austria*, solicitud núm. 3890/11, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122449%22%5D%7D>.

<sup>95</sup> Ya habíamos hecho referencia a la decisión del TJUE pronunciada en el mismo caso, *vid. supra* notas núm. 86 y 88.

<sup>96</sup> *Vid.* núm. 77 de la decisión. Sobre la doctrina en la que se basa esta decisión del Tribunal de Estrasburgo me remito a R. ARENAS GARCÍA, “Orden público y gobernanza multinivel”, en M.P. GARCÍA RUBIO/J.J. MORESO (dirs.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, Reus/De Conflicto Legum, 2020, pp. 85-112.

<sup>97</sup> *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Orden público”, *loc. cit.*, p. 102.

to en el estado en el que se encontraba el menor tras el secuestro de una decisión adoptada en el estado en el que el menor tenía su residencia antes del traslado ilícito, que ordenaba el retorno del menor. En este caso, el reconocimiento, obligado de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 2201/2003, tal como lo había interpretado el Tribunal de Luxemburgo, no fue considerado contrario a los derechos protegidos por el CEDH.

En un caso típico de sustracción, el retorno del menor ordenado por la autoridad del estado al que hubiera sido trasladado, de acuerdo con las exigencias que se recogen en los Reglamentos europeos no debería, en principio, ser considerada contraria a lo establecido en el CEDH según la doctrina que se acaba de exponer; pero no podemos perder de vista que, como se ha indicado, en los casos en los que el estado haya ejercido algún tipo de discrecionalidad, sí será posible dicho control. En el caso de la sustracción internacional, y pese a que, como ya se ha examinado, en el ámbito europeo se ha reducido el margen de esa discrecionalidad, siempre habrá un margen de apreciación por parte de las autoridades del estado en el que se encuentra el menor, por lo que no cabrá excluir totalmente, ni siquiera en el marco de integración que configura la UE, el recurso al Tribunal de Estrasburgo para que, en última instancia, determine si la aplicación de los instrumentos sobre sustracción internacional de menores supone una vulneración del CEDH.

## V. Conclusión

**35.** En ocasiones no es fácil establecer la distinción entre las dificultades de interpretación y aplicación que supone todo texto internacional destinado a ser utilizado en varios países, de lo que sería un incumplimiento de dicho texto. En el caso de los principales instrumentos sobre sustracción internacional de menores hemos de diferenciar entre el Convenio de La Haya de 1980 y los Reglamentos de la UE. En el caso del primero, tan solo un más que improbable recurso al TIJ permitiría que una autoridad que se sitúa por encima de todos los estados implicados, determinara de manera definitiva si se había producido o no un incumplimiento del instrumento. Por lo que se refiere a los Reglamentos de la UE la situación es completamente diferente ya que gozan de todos los mecanismos de aseguramiento con los que cuenta el Derecho de la Unión. Aún así, el recurso a los mecanismos existentes para declarar el incumplimiento por parte de un Estado del Derecho de la UE no es probable que se de, ya que existen vías anteriores a esta declaración que pueden resolver de una manera más eficaz las disfunciones que se derivan de la aplicación de los mencionados instrumentos en varios estados.

No obstante lo anterior, es necesario destacar que la existencia de esos mecanismos facilitará la eficacia de otros que se basan en la comunicación entre autoridades, la difusión de las dificultades existentes y la búsqueda de soluciones. Estos mecanismos no permitirán resolver los concretos incumplimientos de la normativa que puedan darse, pero facilitarán una interpretación armónica de la misma en los diferentes países. La Conferencia de La Haya de DIPr. también recurre a estos mecanismos flexibles para poner de relieve los incumplimientos de los instrumentos relevantes (calificados con frecuencia como “dificultades” o “problemas” en vez de incumplimientos).

**36.** El Tribunal de Estrasburgo se ha convertido en una instancia con capacidad para resolver algunos de los problemas derivados de la inaplicación de los instrumentos en materia de sustracción internacional de menores. Pese a que el TEDH no tiene como función velar por el cumplimiento de los convenios internacionales aparte del CEDH, el hecho de que la sustracción implique una perturbación de la vida personal y familiar habilita al TEDH para verificar que se han empleado adecuadamente los instrumentos existentes para restaurar la situación familiar. El TEDH también puede operar tanto cuando ha de aplicarse el Convenio de La Haya de 1980 como cuando la normativa relevante son los Reglamentos de la UE; aunque en este caso de forma más limitada.

Otros mecanismos de Derecho internacional público como son la protección diplomática o el recurso al TIJ carecen de virtualidad práctica en relación a esta materia.

# AGOTAMIENTO DEL DERECHO CONFERIDO POR LA MARCA DE LA UE

## EXHAUSTION OF THE RIGHTS CONFERRED BY TRADE MARKS IN THE EUROPEAN UNION

ALICIA ARROYO APARICIO  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
UNED

Recibido: 16.06.2021 / Aceptado: 07.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6251>

**Resumen:** El denominado agotamiento del derecho de marca constituye un límite al derecho de exclusiva sobre el signo, inherente a la naturaleza y función del derecho. Esto es, el agotamiento supone que el derecho exclusivo –de “exclusión comercial” - del titular de la marca acaba con la primera comercialización de los productos identificados con el signo realizada por él mismo o con su consentimiento. Llegado ese momento, la comercialización de los productos pasa a ser de libre comercio, de manera que el titular de la marca ya no puede utilizar su derecho para prohibir a los demás operadores que lleven a cabo una reventa bajo la misma, salvo -claro está- que existan motivos legítimos para que no sea así. Resulta de todo interés analizar el régimen vigente para las marcas de la Unión Europea y observar cómo esta materia es de total actualidad con ocasión de cuestiones como el re-etiquetado de medicamentos o las implicaciones anudadas al Brexit.

**Palabras clave:** Propiedad industrial, Derecho de Marcas, Reglamento de la Marca Europea, Artículo 15, agotamiento de los derechos conferidos por la marca, importaciones paralelas, empaquetado y re-etiquetado de productos marcados, Brexit y derechos de propiedad industrial.

**Abstract:** The so-called exhaustion of the trademark right constitutes a limit to the exclusive right over the sign, inherent to the nature and function of the right. In other words, exhaustion means that the exclusive right - of “commercial exclusion” - of the trademark owner ends with the first marketing of the goods identified with the sign carried out by him or with his consent. At that point, the “reselling” of the goods becomes free trade, so that the trademark owner can no longer use his right to prohibit other operators from reselling under the trademark, unless, of course, there are legitimate reasons for this not to be the case. It is of great interest to analyse the current regime for trademarks in the European Union and to observe how this matter is highly topical in the light of issues such as the relabelling of medicines or the implications of Brexit.

**Keywords:** intellectual property, trade-mark law, Regulation European Trade mark, article 15, exhaustion of the rights conferred by a trade mark, parallel imports, Repackaging of the product bearing the mark, New labelling- Brexit.

**Sumario:** I. Nociones previas: significado y generalidades; II. Requisitos: 1. Comercialización; 2. Consentimiento del titular de la marca: A) Titular de la marca; B) Consentimiento; C) En caso de licencia de marca; 3. Carga de la prueba; III. Importaciones paralelas, marcas de “origen común” y agotamiento; IV. Modificación del estado de los productos y otros motivos legítimos: A) Ideas previas; B) Re-embalado y re-etiquetado; C) Publicidad; D) Otros motivos legítimos. V. Algunos aspectos en relación con el Brexit.

## I. Nociones previas: significado y generalidades

1. El denominado agotamiento del derecho de marca constituye un límite al derecho de exclusiva sobre el signo, inherente a la naturaleza y función del derecho. Esto es, el agotamiento supone que el derecho exclusivo –de “exclusión comercial”<sup>1</sup>– del titular de la marca acaba con la primera comercialización de los productos identificados con el signo realizada por él mismo o con su consentimiento. Llegado ese momento, la comercialización de los productos pasa a ser de libre comercio, de manera que el titular de la marca ya no puede utilizar su derecho para prohibir a los demás operadores que lleven a cabo una reventa bajo la misma, salvo -claro está- que existan motivos legítimos para que no sea así.

2. Puede entenderse, desde luego, que el agotamiento tiene un ámbito delimitado además por un territorio. De hecho, se ha distinguido tradicionalmente entre un agotamiento nacional, supranacional e internacional, según se esté en un determinado mercado. A nivel de la UE, el agotamiento se concreta al Espacio Económico Europeo, esto es, no se reconoce como internacional<sup>2</sup>, en tanto que no se permite que los Estados miembros puedan prever en los Derechos nacionales el agotamiento internacional. Y, como puede observarse, la referencia al Espacio Económico Europeo implica también que se comprende el territorio de la UE, así como el de Noruega, Islandia y Liechtenstein.

3. Este límite se expresó<sup>3</sup> por vía jurisprudencial primero<sup>4</sup>, siendo después recogido para las marcas nacionales en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 89/104, posteriormente en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95 y, por último, en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2015/2436<sup>5</sup>.

4. La territorialidad de la marca es distinta si nos enfrentamos a marcas de ámbito europeo, habiéndose recogido en cuanto a los Reglamentos de marca comunitaria y europea, primero, en el artículo 13 del antiguo Reglamento y hoy en el artículo 15 Reglamento de Marca<sup>6</sup> (RM), encontrando su fundamento en los 34 y 36 del TFUE<sup>7</sup>, cuyo tenor literal conviene tener presente:

“Agotamiento del derecho conferido por la marca de la Unión: 1. Una marca de la Unión no permitirá a su titular prohibir su uso para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo bajo esa marca por el titular o con su consentimiento; 2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización”.

5. Puede afirmarse que el límite consistente en el agotamiento del derecho, que está incorporado a otros textos legales en relación también con otros derechos exclusivos de propiedad industrial, fue reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para precisamente resolver el conflicto entre la

<sup>1</sup> T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, A. Bercovitz (Dir.), 2007, pp. 357-422, esp. p. 413.

<sup>2</sup> El tenor literal del artículo 15 RM es claro, no permitiéndose que los Estados lo extiendan hasta el agotamiento internacional; confirmado respecto del texto de la Directiva (el artículo 7 de la Directiva) por: STJCE 16 julio 1998, C-355/96, *Silhouette*, ECLI:EU:C:1998:374 y STJCE 1 julio 1999, C-173/98, *Sebago*, ECLI:EU:C:1999:347. De fecha posterior puede verse también el auto de 28 octubre 2010, C-449/09, *Canon Kabushiki Kaisha*, ECLI:EU:C:2010:651, § 21 a 26.

<sup>3</sup> Sobre los antecedentes, A. CASADO CERVIÑO, “La nueva doctrina del TJCE sobre el agotamiento del Derecho de marca: alcance, requisitos y límites”, *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la Competencia*, nº 46, 2007, pp. 25 y ss; esp. p. 27.

<sup>4</sup> La primera formulación se remonta a la STJCE de 31 octubre de 1974, C-16/74, *Centrafarm y de Peijper*, ECLI:EU:C:1974:115.

<sup>5</sup> Recuérdese que, en diciembre de 2015, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el paquete de reforma de la marca de la UE. El paquete contiene dos instrumentos legislativos: el Reglamento (UE) 2017/1001 (el «RMUE») y la Directiva (UE) 2015/2436 (la «Directiva»), que tienen por objeto aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Además de incluir nuevas disposiciones sobre cuestiones de derecho material y procesal.

<sup>6</sup> Como es sabido, el texto vigente en relación con la marca de la UE es el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE).

<sup>7</sup> R. GARCÍA PÉREZ, *El Derecho de Marcas en la UE en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 2019, pg. 502 se refiere también a que el agotamiento se infiere del propio Tratado, trayendo a colación las Sentencias del TJ que citan expresamente los artículos del mismo.

territorialidad del derecho de marca, que podría incluso suponer una compartimentación del mercado al titular, y el principio de libre circulación de mercancías en un mercado único. En efecto, sin la existencia del agotamiento, el titular de los derechos de marca podría oponer su derecho para impedir la importación de productos de un Estado a otro, lo que sería contrario a la libre circulación de mercancías<sup>8</sup>. Y, en el caso del agotamiento en el EEE, implica que el titular de una marca europea, nacional o internacional, protegida en un Estado miembro del EEE, no puede prohibir la ulterior comercialización de los productos bajo su marca en el EEE una vez que se han introducido en el mercado con su consentimiento dentro del EEE<sup>9</sup>.

6. Así es, el agotamiento europeo (se extiende como se ha dicho al EEE) implica que cuando los productos identificados con la marca han sido comercializados en cualquier Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo por el titular de la marca o con su consentimiento, ese producto puede ya circular libremente en todo el espacio europeo señalado, quedando el titular del derecho de marca sin la posibilidad de ejercitar tal derecho para impedirlo. Hasta tanto no se reconozca el agotamiento internacional, el titular de la marca podrá impedir la importación del producto marcado en el EEE, haciendo valer la territorialidad del derecho incluso aunque se trate de productos originales, es decir que hayan sido introducidos en el comercio fuera del EEE por el titular de la marca o con su consentimiento<sup>10</sup>.

7. En resumen, a la vista del régimen previsto en el artículo 15 del RMUE vigente, el límite al derecho exclusivo de marca que supone el agotamiento, tras la primera comercialización del producto original, con legitimidad de origen que proviene del comercio por el titular o con su consentimiento, implica que no se permite al titular prohibir a terceros el uso de la marca para productos ya comercializados con su consentimiento. Ahora bien, el derecho del titular no se agota si existen “motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización”. Para que tenga lugar el agotamiento del derecho de marca han de concurrir dos requisitos: por una parte, la comercialización en el EEE de los productos que llevan la marca, y, por otra, el consentimiento del titular de la marca a esta comercialización, o bien, que la haya realizado él mismo de forma directa. Cabe afirmar que, al tratarse de un límite al derecho exclusivo del titular de la marca, se observa una tendencia del Tribunal de Justicia a interpretar restrictivamente los requisitos que condicionan su aplicación<sup>11</sup>.

8. Se ha considerado a su vez que una razón económica que justificaba el agotamiento del derecho de marca tiene su fundamento en el intento de propiciar las importaciones paralelas<sup>12</sup>, que serían importaciones de productos originales que se producen dentro del Espacio Económico Europeo, realizadas por alguien ajeno al sistema de distribución del titular de la marca. Y la finalidad para favorecer esas importaciones paralelas era la de evitar la existencia de discriminación de precios haciendo valer los derechos de marcas.

9. Algunos aspectos generales pueden adelantarse también respecto del régimen jurídico diseñado en el RMUE. En primer lugar, ha de considerarse, en relación con el artículo 15 que, en tanto que se cumplan los requisitos del primer párrafo y no concurriendo lo previsto en el segundo párrafo, las consecuencias jurídicas del agotamiento tendrán lugar, puesto que esas consecuencias no dependen de la aprobación del titular de la marca para revender los productos marcados en el EEE<sup>13</sup>. Así mismo, el agotamiento se concreta a los productos marcados, esto es, los derechos conferidos por la marca sólo se agotan respecto de los ejemplares del producto que hayan sido objeto de una primera comercialización

<sup>8</sup> A. BEKEMA “Artículo 15. Exhaustion of the rights conferred by an EU trade mark”, *European Union Trade Mark Regulation, (EU) 2017/1001*, ed. G. N. HASSELBLATT, 2ª ed., 2018, pp. 444 a 459, esp. pg. 445.

<sup>9</sup> T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, cit., pg. 414.

<sup>10</sup> T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, cit., pg. 414.

<sup>11</sup> Conclusiones AG Paolo Mengozzi, 12 septiembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:666, § 29.

<sup>12</sup> M. LOBATO, Comentario a la Ley 17/2001, de marcas, 2ª ed., 2007, p. 594.

<sup>13</sup> STJCE 30 noviembre 2004, C-16/03, *PEAK HOLDING*, ECLI:EU:C:2004:759, § 52.

(producto original<sup>14</sup>), pues “con respecto a otros ejemplares del mismo producto que no hayan sido objeto de tal primera comercialización en el EEE, el titular siempre puede prohibir la utilización de la marca en méritos del derecho exclusivo que le confiere la Directiva 89/104 (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de julio de 1999, C-173/98, *Sebago y Maison Dubois*, ECLI:EU:C:1999:347, § 19 y 20)”<sup>15</sup>. Conviene subrayar en relación con lo señalado ahora que el alcance del término “comercialización” también ha de ser delimitado conforme a la jurisprudencia del TJUE, como requisito del agotamiento y que se analiza a continuación.

10. En suma, el agotamiento del derecho ha sido tradicionalmente un asunto de peso al abordar el derecho de marca de la UE, que recobró toda su fuerza desde el paquete europeo con los instrumentos legislativos nuevos (Directiva 2015/2436 y el RMUE), seguida de algunos pronunciamientos que vendrán como respuesta a cuestiones prejudiciales de interés<sup>16</sup> y con la incidencia del Brexit. Por estas razones, se hace aquí un repaso de los requisitos, la relevancia de las importaciones paralelas, los motivos legítimos requeridos para que no tenga lugar el agotamiento, así como el apunte de algunos retos que el Brexit plantea.

## II. Requisitos

### 1. Comercialización

11. Se alude a la comercialización de los productos marcados como requisito objetivo del agotamiento del derecho. Para considerar que exista comercialización se exige que se incorpore el signo al producto y que éste rebase el ámbito externo de la empresa, sin que sea preciso que exista una enajenación, aunque será lo habitual<sup>17</sup>. El TJCE abordó ya este término en el año 2004<sup>18</sup>, aunque referido a la DM, y concluyó que el artículo 7 de la DM debía interpretarse como que “no podía considerarse que los productos que llevan una marca comercial han sido comercializados en el EEE donde el titular de la marca los ha importado al Área Económica Europea con el fin de venderlos allí o donde los haya registrado. Los ofreció a los consumidores para su venta en el EEE, en sus propias tiendas o en las de una tienda asociada, sin venderlos realmente”. En esta Sentencia se analizaba si la exigencia de una comercialización efectiva y no solo de la voluntad de comercializar bastaban a los efectos de ver cumplido el requisito objetivo del agotamiento. El Tribunal concluyó que únicamente una venta que permite a su titular hacer efectivo el valor económico de su marca agota los derechos exclusivos otorgados por el derecho de marcas, lo que no tendría lugar cuando los productos no se venden finalmente<sup>19</sup> (realizando en cierto modo una delimitación negativa<sup>20</sup>). En esa ocasión, el TJCE indicó también que la inclusión en el contrato de compraventa de una prohibición de reventa afecta únicamente a las relaciones entre las partes, de manera que no excluye que exista comercialización dentro del mercado interior. En definitiva, si tiene lugar la reventa en el EEE (los productos con la marca se venden efectivamente y el titular puede «hacer efectivo el valor económico de su marca» y los terceros adquirir «el derecho a disponer

<sup>14</sup> M. LOBATO, *Comentario a la Ley 17/2001, de marcas*, p. 594.

<sup>15</sup> STJUE 3 junio 2010, C127/09, *Coty Prestige*, ECLI:EU:C:2010:313, § 31.

<sup>16</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Sø- og Handelsretten (Dinamarca) el 29 mayo 2020 — Merck Sharp & Dohme BV, Merck Sharp & Dohme Corp., MSD DANMARK ApS, MSD Sharp & Dohme GmbH, Novartis AG, FERRING LÆGEMIDLER A/S y H. Lundbeck A/S / Abacus Medicine A/S, Paranova Danmark A/S y 2CARE4 ApS, (C-224/20). De entre las cuestiones prejudiciales se destaca la que versa sobre el artículo 15, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 para determinar si el titular de una marca puede oponerse a la comercialización ulterior de un medicamento que un importador paralelo haya re-embasado en un nuevo envase externo en el que se haya vuelto a colocar la marca.

<sup>17</sup> T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, 1994, p. 238; P. MARTÍN ARESTI, *Comentarios a la Ley de Marcas*, (A. Bercovitz, Dir.), 2ª ed., 2008, sub artículo 36, p. 581.

<sup>18</sup> STJCE 30 noviembre 2004, C-16/03, *PEAK HOLDING AB c. AXOLIN-ELINOR AB*, ECLI:EU:C:2004:759.

<sup>19</sup> A. CASADO CERVIÑO, “La nueva doctrina del TJCE sobre el agotamiento del derecho de marca: alcance, requisitos y límites”, *cit.*, p. 33.

<sup>20</sup> BEKEMA, *op. cit.*, p. 447.

de los productos designados con la marca»<sup>21</sup>), hay comercialización y existe el agotamiento del derecho exclusivo del titular de la marca.

**12.** El titular de la marca no puede tampoco impedir que los terceros, que tienen los productos distinguidos a su disposición, puedan anunciar al público su ulterior comercialización<sup>22</sup> o anunciar la prestación de un servicio respecto de los mismos<sup>23</sup>, siendo esto último claro en tanto que el derecho se haya agotado. Estos usos pueden llevarse a cabo si no inducen a confusión respecto del origen o menoscaban la reputación del signo<sup>24</sup>.

**13.** A propósito del concepto de “productos comercializados”, se ha considerado, por otra parte, que no existe ni comercialización ni consentimiento a efectos del agotamiento en relación con los denominados “probadores” de perfumes. En concreto, así se consideró en el caso de “probadores”, puestos por el titular de una marca a disposición de un depositario perteneciente a una red de distribución selectiva, en la medida en que “se produce sin transmisión de propiedad y con prohibición de venta, en las que el titular de la marca puede en todo momento retirar dichos productos y en las que la presentación de éstos se distingue claramente de la de los frascos de perfume habitualmente puestos a disposición de esos intermediarios por el titular de la marca”; en definitiva, “el hecho de que tales probadores sean frascos de perfume que contienen las menciones «prueba» y «prohibida su venta», se oponen a que se reconozca tácitamente el consentimiento del titular de la marca a su comercialización, a falta de todo elemento probatorio en sentido contrario, cuya apreciación corresponde al órgano jurisdiccional remitente”<sup>25</sup>. Se reitera después por el TJUE nuevamente en sentido similar, esto es, la no consideración de comercialización a efectos de agotamiento, cuando se entrega a los distribuidores autorizados productos designados por la marca, destinados a la prueba o de los que puedan tomarse pequeñas cantidades para distribuir a los consumidores como muestra gratuita, respecto de los que en conclusión se entiende que “no constituye, a falta de elementos de prueba en sentido contrario, una comercialización en el sentido de la Directiva 89/104 o del Reglamento nº 40/94”<sup>26</sup>.

**14.** En relación con el requisito de comercialización, aunque no específicamente -o no solo- a efectos de agotamiento, cabe mencionar los denominados supuestos de tránsito de mercancías marcadas. Las mercancías en ese caso no se consideran comercializadas, aunque el titular de una marca tampoco puede oponerse a la mera entrada en la Comunidad, “bajo el régimen aduanero de tránsito externo o de depósito aduanero, de productos originales de la marca que no han sido anteriormente comercializados en la Comunidad por el titular de la marca o con su consentimiento”<sup>27</sup>. De hecho, el TJCE consideró respecto de la DM 89/104 y el artículo 9.2.b del RM 40/94 que “los conceptos de «ofrecimiento» y de «comercialización» de productos pueden incluir, respectivamente, el ofrecimiento y la venta de productos originales de una marca que posean el estatuto aduanero de mercancías no comunitarias cuando el ofrecimiento se efectúa y/o la venta se realiza mientras que dichas mercancías se encuentran bajo el régimen de tránsito externo o de depósito aduanero”. Con la consecuencia de considerar que el “titular de la marca puede oponerse al ofrecimiento o a la venta de dichas mercancías cuando impliquen necesariamente la comercialización de éstas en la Comunidad”<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Conclusiones AG Paolo Mengozzi, 12 septiembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:666, § 30, hacienda resumen de la STJCE recaída en el asunto *PEAK HOLDING*.

<sup>22</sup> STJCE 23 febrero 1999, C-63/97, *BMW – DEENIK*, ECLI:EU:C:1999:82, § 48, citando a su vez a la STJCE de 4 noviembre 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517.

<sup>23</sup> P. MARTÍN ARESTI, *Comentario*, sub artículo 36, *cit.*, p., 581.

<sup>24</sup> STJCE 4 noviembre 1997, C337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, § 59.

<sup>25</sup> STJUE 4 junio 2010, C-127/09, *Coty Prestige*, ECLI:EU:C:2010:313, referida al artículo 13 del RM año 1994.

<sup>26</sup> STJUE 12 julio 2011, C-324/09, *L'Oréal -E-Bay*, ECLI:EU:C:2011:474, § 73. V.A. GARCÍA VIDAL, “La comercialización de productos de marca ajena en mercados electrónicos (Sentencia del TJUE, de 12 de julio, en el caso *L'Oréal-eBay*)”, G-AP, julio 2011, pp. 1 y ss.

<sup>27</sup> STJCE 18 octubre 2005, C-405/03, *Class International B.V. – SmithKline Beecham Plc*, ECLI:EU:C:2005:616, § 50.

<sup>28</sup> STJCE 18 octubre 2005, C-405/03, *Class International B.V. – SmithKline Beecham Plc*, ECLI:EU:C:2005:616, en el fallo.

15. El denominado tránsito externo de mercancías no comunitarias no es propiamente una actividad ajena al mercado interior; sería en realidad un supuesto de ficción legal al considerarse que no han entrado en el territorio europeo. Las mercancías incluidas en dicho régimen no están sujetas a los derechos de importación ni a las demás medidas de política comercial, como si no hubieran entrado en territorio comunitario<sup>29</sup>. El mero tránsito no implica comercialización y por consiguiente no hay posibilidad de que atente contra el objeto específico del derecho de marca<sup>30</sup>. Ahora bien, cuando los productos en cuestión sean objeto de un acto de un tercero efectuado mientras los productos estén incluidos en el régimen de tránsito externo y que necesariamente implique su comercialización en el Estado miembro de tránsito, entonces el titular del derecho de marca sí que podría oponer su derecho<sup>31</sup>.

16. Otro supuesto sería el de mercancías designadas con marca que se incluyen posteriormente en el régimen de impuestos especiales; en este caso se consideró que el titular de una marca registrada en uno o varios Estados miembros “puede oponerse a un tercero que, sin el consentimiento de dicho titular, ha introducido en el EEE y despachado a libre práctica mercancías designadas con esa marca”. De otro modo se estaría limitando al titular la posibilidad de controlar la primera comercialización de productos designados con esa marca en el EEE: la importación de productos sin el consentimiento del titular de la correspondiente marca y su almacenamiento en un depósito fiscal hasta su puesta a consumo en la Unión impiden que el titular de esa marca pueda controlar la manera en que tiene lugar la primera comercialización en el EEE de los productos designados con tal marca<sup>32</sup>. Esos actos menoscabarían la función de la marca consistente en identificar a la empresa de la que proceden los productos y bajo cuyo control se efectúa la primera comercialización.

17. Todavía cabe señalar que se ha apreciado como infracción de marca la supresión de los signos idénticos a la marca y la colocación de nuevos signos en los productos en régimen de depósito aduanero con el fin de efectuar su primera comercialización en el EEE<sup>33</sup>.

## 2. Consentimiento del titular de la marca

### A) Titular de la marca

18. La referencia en las normas antecedentes a la aquí analizada y en la jurisprudencia es al “titular”<sup>34</sup>. Por titular de la marca se considera el que la ha registrado, así como también, en relación con el consentimiento del “titular”, se ha considerado suficiente a los efectos del agotamiento el prestado por una compañía perteneciente al mismo grupo –“económicamente vinculados”- del titular de la marca<sup>35</sup>. Y, más aún, cuando no exista vínculo económico, si se entiende que el titular de la marca renuncia a sus derechos exclusivos<sup>36</sup>, se entendería también cumplido el requisito del consentimiento que se explica con más detalle a continuación.

<sup>29</sup> STJCE 6 abril 2000, C-383/98, *The Polo/Lauren Company LP v. Dwidua*, ECLI:EU:C:2000:193, § 34.

<sup>30</sup> STJCE 23 octubre 2003, C-115/02, *Rioglass*, ECLI:EU:C:2003:587, § 27.

<sup>31</sup> STJCE 9 noviembre 2006, C281/05, *Montex Holdings Ltd.*, ECLI:EU:C:2006:709, § 23.

<sup>32</sup> STJUE 16 julio 2015, C379/14, *TOP Logistics BV*, ECLI:EU:C:2015:497, § 48 y 49.

<sup>33</sup> STJCE 25 julio 2018, C129/17, *Mitsubishi – Duma*, ECLI:EU:C:2018:594.

<sup>34</sup> “Tanto el consentimiento del titular como la comercialización por éste en el EEE, que equivalen a una renuncia al derecho exclusivo, constituyen elementos que determinan la extinción de este derecho (véase, por lo que respecta al consentimiento, la sentencia Zino Davidoff y Levi Strauss, antes citada, apartado 41)”: cit. en STJCE de 8 abril 2003, C-244-00, *Van Doren*, ECLI:EU:C:2003:204, § 34.

<sup>35</sup> STJ 22-VI-1994, C-9/93, as. *IHT Internazionale Heiztechnik v. Ideal-Standard*, ap. 34, textualmente: “o cuando, incluso siendo personas distintas están económicamente vinculados”.

<sup>36</sup> STJUE 15 octubre 2009, *MAKRO*, C-324/08, ECLI:EU:C:2009:633, § 25, textualmente: “la voluntad de renunciar al derecho exclusivo previsto en el artículo 5 de la Directiva 89/104 puede resultar de un consentimiento tácito del citado titular”.

## B) Consentimiento

19. El titular de una marca puede impedir que los productos originales que llevan esa marca se pongan en el mercado en el EEE por primera vez sin su consentimiento<sup>37</sup> (en interpretación del artículo 5 de la Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, que aproxima las leyes de los Estados miembros en materia de marcas; art. 9.3 RMUE). En efecto, tal como ha reconocido el TJUE en repetidas ocasiones, el objeto específico del derecho de marca consiste en conferir al titular el derecho a utilizar la marca “para la *primera comercialización* de un producto”, buscando la protección contra los competidores que “pretendan abusar de la posición y de la reputación de la marca vendiendo productos designados indebidamente con ella”<sup>38</sup>. En este sentido, confróntese también el Preámbulo del RMUE: “no puede prohibir su uso a un tercero, en el caso de productos que hayan sido comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca *por él mismo o con su consentimiento*, a no ser que existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos”.

20. Por tanto, el consentimiento a estos efectos sería el requisito subjetivo que ha de cumplirse, constituye el elemento determinante, y debe manifestarse de una manera que refleje con certeza la voluntad del titular de renunciar a su derecho<sup>39</sup>. Puede entenderse prestado cuando la comercialización de los productos la efectúa un *operador económicamente vinculado* al titular de la marca, como pueda ser, por ejemplo, un licenciario<sup>40</sup>.

21. Como es sabido, por otra parte, se superó en esta materia la denominada doctrina del “origen común” -de especial relevancia en el caso de marcas nacionales independientes e importaciones paralelas- en el sentido de plantearse si la cesión de una marca agotaba los derechos sobre marcas paralelas del cedente<sup>41</sup>. Así, dejada sin efecto dicha doctrina, en caso de que haya una cesión de marca, habrá de analizarse conforme a los criterios generales, esto es, comercialización y consentimiento por el titular, habiéndose considerado por otra parte que el consentimiento contractual referido a la transmisión no puede equipararse al consentimiento a efectos de agotamiento<sup>42</sup> (v. *infra* IV, más extensamente).

22. Con independencia de lo referido en el párrafo anterior, el consentimiento no es preciso que sea expreso, puede resultar un consentimiento tácito<sup>43</sup>. Así, se considera que existe consentimiento en el caso de que sea una empresa del mismo grupo que aquella que pretende hacer valer sus derechos de marca para impedir la comercialización, siempre que se esté ante una relación actual. Esto es, como se ha indicado antes, la comercialización por un tercero se entiende llevada a cabo con el consentimiento del titular cuando el tercero es una persona vinculada al titular mediante una relación de dependencia económica o jurídica<sup>44</sup>. Y el fundamento en este caso reside en que al existir esa vinculación o relación cabe considerar que los productos han sido fabricados bajo el control de una única empresa a la que puede hacerse responsable de su calidad, considerándose que se puede asegurar el cumplimiento de la función de marca<sup>45</sup>.

23. Si el consentimiento es implícito los elementos que debieran tomarse en cuenta para determinar su existencia deben revelar con certeza la renuncia del titular de la marca para oponer su derecho

<sup>37</sup> Orden de 28 de octubre de 2010, C-449/09, *Canon / IPN*.

<sup>38</sup> STJUE 20 diciembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:990, § 37.

<sup>39</sup> STJCE 30 noviembre 2004, C-16/03, *PEAK HOLDING*, ECLI:EU:C:2004:759, § 52 y 53.

<sup>40</sup> Conclusiones AG Paolo Mengozzi, 12 septiembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:666, § 33, con cita de las sentencias STJCE de 22 junio 1994, C9/93, *IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger*, ECLI:EU:C:1994:261, § 34; SSTJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, § 43, y de 15 octubre 2009, C-324/08, *MAKRO*, ECLI:EU:C:2009:633, § 24.

<sup>41</sup> Conocido AS. *HAG II*, STJCE 17 octubre 1990, C-10/89, ECLI:EU:C:1990:359.

<sup>42</sup> P. MARTÍN ARESTI, P., *Comentarios*, sub art. 36, cit., p. 582.

<sup>43</sup> STJCE 20 noviembre 2001, C414/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, ECLI:EU:C:2001:617.

<sup>44</sup> STJCE 22 junio 1994, C-9/93, *IHT Internazionale Heiztechnik v. Ideal-Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, § 34.

<sup>45</sup> P. MARTÍN ARESTI, *Comentarios*, sub art. 36, cit., p. 582, con cita de la famosa STJCE 17 octubre 1990, C-10/89, *HAG II*, ECLI:EU:C:1990:359 y STJCE *IHT Internazionale Heiztechnik*, cit., § 34.

exclusivo. Así, no sería suficiente que el titular de la marca no prohibiera a sus distribuidores fuera de la UE y del EEE que vendieran en dicho territorio, ni tampoco es relevante la ausencia de un efectivo control por parte de aquél sobre la comercialización posterior de los productos<sup>46</sup>.

24. En resumen, el consentimiento<sup>47</sup> no debe deducirse: (i) ni del simple silencio; (ii) ni de la circunstancia de que no se hayan establecido reservas contractuales en la transmisión de la propiedad de los productos; (iii) ni de que el titular de la marca no haya comunicado una oposición a la comercialización; (iv) ni de que no se haya indicado en los productos la prohibición de comercialización en el EEE.

### C) En caso de licencia de marca

25. El otorgamiento de una licencia es muy frecuente en relación con las marcas. En caso de existencia de una licencia será necesario considerar las limitaciones que el licenciante haya fijado en el contrato. En el RMUE se recoge -al igual que en los anteriores textos- (art. 25.2) que el titular de la marca de la Unión podrá alegar los derechos conferidos por la marca frente al licenciatario que infrinja alguna de las cláusulas del contrato de licencia relativas: a) a su duración; b) a la forma amparada por el registro bajo la que puede utilizarse la marca; c) a la naturaleza de los productos o de los servicios para los cuales la licencia se conceda; d) al territorio en el cual pueda fijarse la marca, o e) a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario. Al referirse la norma a las limitaciones recogidas en el clausulado del contrato, se trataría de cláusulas que quedan sometidas, por una parte, al Derecho Antitrust y que, por otra, delimitan el consentimiento prestado por el titular para que el licenciatario haga uso del signo, con la relevancia de suponer, en caso de infracción de esos límites, una infracción a su vez del derecho de marca<sup>48</sup>, aunque con los relevantes matices que se apunta a continuación.

26. En primer lugar, resulta fundamental tener en consideración el matiz pertinente en referencia a las limitaciones territoriales. Puesto que, en este caso, si el licenciatario introduce los productos marcados en un territorio distinto al que estaba autorizado en virtud de la licencia (“en el cual pueda *fijarse* la marca”), cabe considerar que el derecho de marca estaría agotado y de esa situación se derivaría una infracción del contrato de licencia<sup>49</sup>, pero no una violación de marca que permitiera al titular invocar su derecho.

27. Otros matices pueden ser considerados en esta materia, aunque no siempre tengan una directa conexión con el agotamiento, pudiendo ser considerados y valorados caso por caso. Así, por ejemplo, en relación con la calidad de los productos fabricados, también se ha planteado que ha de matizarse, en tanto que la posibilidad de control que tiene el licenciante sobre el licenciatario impide al primero alegar violación de su marca cuando el licenciatario no respeta las normas de calidad. En ese sentido se expresó el TJCE, textualmente: “es importante subrayar por último que el elemento determinante es la posibilidad de un control sobre la calidad de los productos y no el ejercicio efectivo de dicho control.

<sup>46</sup> A. BERCOVITZ, *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, p. 148.

<sup>47</sup> STJCE 20 noviembre 2001, C414/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, ECLI:EU:C:2001:617 se expresa en estos términos: El consentimiento implícito no puede inferirse: del hecho de que el titular de la marca no ha comunicado a todos los compradores posteriores de los productos comercializados fuera del Espacio Económico Europeo su oposición a la comercialización dentro del Espacio Económico Europeo; que los productos no advierten sobre la prohibición de su comercialización en el Espacio Económico Europeo; el hecho de que el titular de la marca haya transferido la propiedad de los productos que llevan la marca sin imponer ninguna reserva contractual y que, de acuerdo con la ley que rige el contrato, el derecho de propiedad transferido incluye, en ausencia de tales reservas, un derecho ilimitado de reventa o, como mínimo, un derecho a comercializar los productos posteriormente dentro del Espacio Económico Europeo. El alcance de esta Sentencia fue reconocido en la STJUE 15 octubre 2009, C-324/08, *MAKRO*, ECLI:EU:C:2009:633, § 26 y siguientes, de manera que el consentimiento puede desprenderse de modo tácito de “circunstancias anteriores, concomitantes o posteriores a esta comercialización que, apreciadas por el juez nacional, reflejen de manera cierta la renuncia del titular a su derecho” (AG Paolo Mengozzi, 12 septiembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:666, § 33).

<sup>48</sup> P. MARTÍN ARESTI, *Comentarios*, sub art. 36, p. 583.

<sup>49</sup> P. MARTÍN ARESTI, *Comentarios*, sub art. 36, cit., p. 584.

De este modo, una ley nacional que ofreciera al cedente la posibilidad de alegar la mala calidad de los productos del licenciataria para oponerse a su importación debería ser inaplicable por ser contraria a los artículos 30 y 36. Si el cedente tolera la fabricación de productos de mala calidad a pesar de tener los medios contractuales para impedirlo, tiene que asumir la responsabilidad que de ello resulte<sup>50</sup>.

28. Así mismo, aunque relacionado con el “aura de prestigio de la marca” y no con el agotamiento en sí aislado, el TJUE se refirió a que el titular de una marca puede invocar los derechos conferidos por esa marca contra un titular de la licencia que contravenga una disposición en un acuerdo de licencia que prohíbe, por razones de prestigio de la marca, las ventas a tiendas de descuento de bienes como los de la cuestión analizada en el procedimiento principal, siempre que se haya demostrado que esa infracción, en razón de la situación prevaleciente en el caso principal, daña el atractivo y la imagen de prestigio que otorga a esos productos un aura de lujo<sup>51</sup>. Pero resulta claro que en esta materia la venta u oferta de esos bienes en plataformas de internet tiene vinculación con la posibilidad de comercialización fuera del territorio delimitado en la licencia<sup>52</sup>. Es decir, en relación con este aspecto, en principio, el derecho se habría agotado, pero también puede haber un motivo legítimo que haga que no sea así (*vid. infra* III).

29. Y, por otra parte, en la jurisprudencia se han planteado supuestos en los que no se permite al titular de una “licencia exclusiva” oponerse a una reutilización de un producto. En el caso concreto se trataba de bombonas de gas de material compuesto destinadas a ser reutilizadas -bombona protegida como marca tridimensional y en las que ese titular puso su nombre y su logotipo, registrados como marcas denominativa y figurativa-, en tal caso el titular no puede oponerse a que dichas bombonas, “después de ser adquiridas por consumidores que, seguidamente, consumieron el gas inicialmente contenido en éstas, sean cambiadas por un tercero, contra pago, por bombonas de material compuesto rellenas con gas no procedente de ese titular, salvo que dicho titular pueda invocar un motivo legítimo en el sentido del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 89/104”<sup>53</sup>.

### 3. Carga de la prueba

30. El TJUE se pronunció<sup>54</sup> a propósito de la carga de la prueba del agotamiento en relación con lo previsto en una norma nacional. En esta ocasión se concluyó que tal norma en materia de prueba según la cual el agotamiento del derecho de marca constituye un motivo de defensa para el tercero demandado por el titular de la marca, de modo que los requisitos de dicho agotamiento deben, en principio, ser probados por el tercero que lo invoca, es compatible con el Derecho comunitario. No obstante, se añadió que, en atención a la protección de la libre circulación de mercancías, puede requerirse que, si el tercero logra demostrar que existe un riesgo real de compartimentación del mercado, en tal caso, correspondería al titular de la marca acreditar que los productos fueron comercializados inicialmente por él o con su consentimiento, sobre todo si el titular comercializa sus productos a través de un sistema de distribución exclusiva. Acreditado ese extremo, entonces al tercero correspondería probar la existencia del consentimiento del titular para la ulterior comercialización de los productos en el EEE.

31. En esta materia, también se consideró<sup>55</sup>, como se anticipó antes al tratar del consentimiento, que éste debe expresarse positivamente y que los elementos que han de tenerse en cuenta para inferir

<sup>50</sup> Ap. 38, STJCE 22 junio 94, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261.

<sup>51</sup> STJUE 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260.

<sup>52</sup> Aunque relacionado con la concordancia de determinadas cláusulas con el Derecho Antitrust, conectado por tanto de forma indirecta con esta materia, v. A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho Europeo de la Competencia (TJUE C-230/16, Asunto Coty)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n. 1, 2019, págs. 663-670.

<sup>53</sup> STJUE 14 julio 2011, C-46/10, *Viking Gas*, ECLI:EU:C:2011:485.

<sup>54</sup> STJCE 8 abril 2003, C-244/00, *Van Doren*, ECLI:EU:C:2003:204.

<sup>55</sup> STJCE 20 noviembre 2001, C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff*, ECLI:EU:C:2001:617.

la existencia de un consentimiento tácito deben revelar con certeza la renuncia del titular de la marca a oponer su derecho exclusivo<sup>56</sup>. En consecuencia, se consideró que corresponde al operador que invoca la existencia de consentimiento aportar la prueba correspondiente y no al titular de la marca acreditar la falta de consentimiento<sup>57</sup>.

### III. Importaciones paralelas, marcas de “origen común” y agotamiento

32. El TJUE se ha pronunciado de forma destacada en cuatro ocasiones acerca de casos de titularidad en un primer momento en manos de una misma persona, pero fraccionada posteriormente, bien de forma voluntaria, bien por una medida de coacción pública. En esos casos se planteaba si el titular podía oponerse “a la importación en el territorio en el que su derecho está protegido de productos designados con la misma marca introducidos en el tráfico económico en un Estado miembro en el que la mencionada marca es titularidad de un tercero”<sup>58</sup>. Se trataría de las denominadas importaciones paralelas, materia conectada con el agotamiento y que afecta en gran medida a marcas nacionales independientes en manos de distintos titulares dentro del EEE. La jurisprudencia del TJUE al respecto resulta de gran interés en cuanto a la interpretación de las Directivas de marcas y la conexión del agotamiento con la delimitación de la “función esencial” de la marca, así como del agotamiento con los denominados “vínculos económicos”.

33. En atención a la protección territorial, cabe considerar que en el caso en que los titulares de marcas nacionales sean distintos e independientes y se lleve a cabo una importación sin consentimiento del titular de la marca en el país de importación, no habría agotamiento europeo, aun cuando los productos marcados hubieran sido adquiridos lícitamente en el país desde el que se importa (superación de la teoría del “origen común”). Esto es, el agotamiento no se produce cuando las marcas pertenecen a titulares diferentes, aunque el origen fuera común y la distinción de las titularidades se hubiera producido mediante una transferencia voluntaria. Sí que habría agotamiento si: (i) el titular de la marca en el país de importación y el titular en el país de exportación son el mismo o (ii) tienen un vínculo económico<sup>59</sup>.

34. Ahora bien, conviene hacer dos puntualizaciones importantes en relación con el párrafo anterior. La primera puntualización consiste en que se recordará que las anteriores afirmaciones supusieron una rectificación de las primeras consideraciones del TJCE, pues, en un primer momento, se entendió que, cuando los dos derechos de marca tenían titulares independientes en el país de exportación y en el país de importación, pero ambos derechos provenían de un origen común, en tal supuesto se entendía que el agotamiento tenía lugar, de manera que el titular del derecho en el país de importación no podía ejercitar su derecho exclusivo para evitar que los productos se introdujesen en el mercado<sup>60</sup>. Pues bien, ese reconocimiento inicial del agotamiento en tales casos (asuntos *Sirena* y *HAG I*, años 1971 y 1974, respectivamente<sup>61</sup>) fue rectificado y dejado sin efecto a partir del año 1990 (*HAG II*), con su manifestación ampliada y clara en el año 1994 (*IHT Internationale Heiztechnik/Ideal Standard*).

35. La segunda puntualización consiste en la matización introducida en el asunto *Schweppes* (2017)<sup>62</sup>, en el que se hace, además, una exposición cronológica de la jurisprudencia del TJUE sobre

<sup>56</sup> Zino Davidoff, cit., § 53.

<sup>57</sup> Zino Davidoff, cit., § 54.

<sup>58</sup> Conclusiones AG Paolo Mengozzi, 12 septiembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:666, § 39.

<sup>59</sup> STJCE de 22 junio 1994, C9/93, *IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger*, ECLI:EU:C:1994:261.

<sup>60</sup> A. BERCOVITZ, *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, 2002, p. 145.

<sup>61</sup> STJCE 18 febrero 1971, C-40-70, *Sirena*, ECLI:EU:C:1979:236; STJCE 3 julio 1974, C-192/73, *Van Zuylen v. Hag*, ECLI:EU:C:1974:72.

<sup>62</sup> STJUE 20 diciembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:990. Sobre ella: M. ESTEVE SANZ, “La sentencia de 9 de abril de 2018 del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona dictada en el caso “Schweppes”, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 2017” Aplicación del principio del agotamiento del derecho de marca a un particular supuesto de marcas de origen común o paralelas más de 20 años después de la “Sentencia Ideal Standard”, *Revista Comunicaciones* Nº 83, (Enero-Abril 2018), pp. 91-114.

esta materia. De hecho, tal y como se expresa en esta STJUE del año 2017, siendo esencial la función de designación de origen de la marca, ésta quedaría reducida si, faltando el consentimiento del titular, éste no pudiera oponerse a la importación de un producto idéntico o similar designado con una marca idéntica o que induzca a confusión, que ha sido fabricado y comercializado en otro Estado miembro por un tercero que no tiene ningún vínculo económico con ese titular<sup>63</sup>. Así, se considera que la función de garantía, consistente en que los productos designados con una marca tienen una procedencia única, no quedaría cumplida, cuando después de la cesión de una parte de las marcas paralelas nacionales a favor de un tercero, el titular “haya seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única, creando o reforzando de este modo una confusión en el público pertinente en cuanto al origen empresarial de los productos designados con esta marca”<sup>64</sup>.

36. De ahí que en este caso se profundice, de manera destacada en las Conclusiones del AG, a propósito de qué ha de entenderse por “vínculo económico”. Se entiende que hay un vínculo económico entre: un fabricante y su distribuidor; un licenciante y su licenciario o bien en el supuesto de empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial. La naturaleza de las relaciones entre ellos no es lo más relevante, sino que lo sería el resultado, entendido como la posibilidad de control por parte del titular, como criterio determinante del consentimiento del titular. De hecho, el AG considera que esta interpretación de “posibilidad de control” era incluso acorde con la opinión del TJCE en el asunto *IHT Internationale Heiztechnik*, así como que, para determinar si los derechos se agotan, el control unitario ha de permitir a las entidades que lo ejerzan determinar tanto los productos como su calidad.

37. El TJUE falla en esta ocasión, de manera tal que: el artículo 7 de la DM “debe interpretarse en el sentido de que impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca y procedentes de otro Estado miembro, en el que esta marca, que pertenecía inicialmente al mismo titular, es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos relativos a la misma mediante cesión cuando, tras esta cesión,

- el titular, solo o coordinando su estrategia de marca con ese tercero, ha seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única, creando o reforzando de este modo una confusión en el público pertinente en cuanto al origen empresarial de los productos designados con ésta,
- o
- existen vínculos económicos entre el titular y dicho tercero, en el sentido de que coordinan sus políticas comerciales o se concertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura dicha marca y de controlar su calidad.”

#### IV. Modificación del estado de los productos y otros motivos legítimos

##### A) Ideas previas

38. El agotamiento no se producirá en supuestos de mercancías con usurpación de marca, es decir, que lleven la marca sin el consentimiento del titular, cuya comercialización supone una violación del derecho, a la que el titular se puede oponer<sup>65</sup>.

39. Según el apartado 2º del artículo 15 RMUE, cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la ulterior comercialización, el derecho del titular no se agota. En

<sup>63</sup> Cfr. § 34 STJUE, 20 diciembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:990, que cita además: las sentencias de 17 octubre 1990, C 10/89, *HAG GF*, § 15 y 16, y de 22 junio 1994, *IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger*, C 9/93, §§ 33 a 37.

<sup>64</sup> Cfr. § 40 STJUE 20 diciembre 2017, C291/16, *Schweppes*, ECLI:EU:C:2017:990.

<sup>65</sup> T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, cit., p. 414.

especial, el artículo se refiere a *cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización*. Y, según el tenor literal -“en especial”-, resulta claro que esa cita es ejemplificativa y caben otros motivos legítimos. La búsqueda de cuáles puedan ser dependerá de las circunstancias específicas de cada caso, como se afirmó en relación con botellas de bebida (con re-etiquetado, supresión de números de identificación o la palabra “pure” y del nombre del importador en las etiquetas)<sup>66</sup>. Así mismo se ha afirmado que el titular de la marca ejercerá este derecho únicamente frente a otros operadores económicos<sup>67</sup> y en relación con mercancías que estén en el mercado<sup>68</sup>. Puesto que “cuando una persona física vende un producto de marca a través de un mercado electrónico sin que esta operación se enmarque en el contexto de una actividad mercantil, el titular de la marca no puede hacer valer el derecho exclusivo que le reconocen los artículos 5 de la Directiva 89/104 y 9 del Reglamento n° 40/94”<sup>69</sup>. Ahora bien, en el caso de que las ventas realizadas en tal mercado electrónico superen, por razón de su volumen, su frecuencia u otras características, el ámbito de una actividad privada, entonces podría considerar que el vendedor actúa dentro del «tráfico económico» a efectos de los artículos mencionados.

## B) Re-embalado y re-etiquetado

40. Son motivos legítimos: modificar o alterar, tras la comercialización el producto marcado, ya que el “titular de la marca tiene derecho a que el producto llegue a su destinatario final en las mismas condiciones en que él lo ha introducido en el mercado”<sup>70</sup>. Así, estos motivos legítimos se refieren a supuestos en los que se impide la función de marca con ocasión de una intervención posterior sin consentimiento del titular<sup>71</sup>.

41. Se trataría de supuestos de re-etiquetado y re-embalado, que surgen –principalmente, pero no solo- en relación con los medicamentos comercializados en diferentes países del EEE cuando esa modificación resulta necesaria para el acceso efectivo al mercado afectado o a una parte importante del mismo. El TJCE analizó que el titular podía prohibir la distribución en Alemania del producto comprado en una marca de un medicamento (Valium) en Reino Unido porque el re-embalado se había producido en circunstancias tales que no existía la garantía por parte del consumidor de que el producto no hubiera sido manipulado sin autorización del titular de la marca<sup>72</sup>, si bien había de atenerse a las circunstancias concretas; de ahí que, por ejemplo, el agotamiento sí se produjo sin embargo en el asunto “Vibramicina”<sup>73</sup> donde había garantías de no manipulación del producto pese al re-embalado.

42. Es cierto que el sector de productos farmacéuticos se presta especialmente a este supuesto, aunque se ha indicado la posible extensión a otros productos en cuanto a los argumentos básicos<sup>74</sup>.

43. Como es sabido, sobre esta materia, el TJCE había fijado unas condiciones (conocidas como “condiciones BMS”, provenientes de las iniciales del asunto en el que se fijaron<sup>75</sup>); condiciones que los importadores debían cumplir para evitar una infracción de marca, en los supuestos de importaciones paralelas, referidas al re-embalado o re-etiquetado de productos farmacéuticos. En el posterior asunto

<sup>66</sup> STJCE 11 noviembre 1997, C-349/95, *F. Loendersloot Internationale Expeditie - Ballantines*, ECLI:EU:C:1997:530, §§ 31, 38 y ss.

<sup>67</sup> STJUE 12 julio 2011, C-324/09, *L'Oréal - eBay*, ECLI:EU:C:2011:474, § 54.

<sup>68</sup> STJUE 12 julio 2011, C-324/09, *L'Oréal - eBay*, ECLI:EU:C:2011:474, § 54, con cita además de: STJCE 16 noviembre 2004, C245/02, *AnheuserBusch*, ECLI:EU:C:2004:717, § 62 y de 18 junio 2009, C487/07, *L'Oréal y otros*, ECLI:EU:C:2009:378, § 57.

<sup>69</sup> STJUE 12-VII-2011, C-324/09, *L'Oréal - eBay*, ap. 55.

<sup>70</sup> Entre las antiguas, STJ de 23-V-1978, C-102/77, as. *Valium, Hoffmann-La Roche*.

<sup>71</sup> P. MARTÍN ARESTI, *Comentarios*, sub art. 36, cit., p. 595.

<sup>72</sup> Cfr. *in extenso*: Conclusiones AG F. G. Jacobs, 14 diciembre 1995, C-427/93, *Bristol-Myers Squibb*, ECLI:EU:C:1995:440.

<sup>73</sup> STJCE 3 diciembre 1981, C-1/81, *Pfizer / Eurim*, ECLI:EU:C:1981:291.

<sup>74</sup> STJCE 11 noviembre 1997, C-349/95, *Frits Loendersloot c. George Ballantine & Son Ltd.* y otras, ECLI:EU:C:1997:530.

<sup>75</sup> STJCE 11 julio 1996, C-427/93, *Bristol-Myers Squibb v. Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282.

*Boehringer Ingelheim*<sup>76</sup>, se resolvió sobre el artículo 7.2 de la Directiva 89/104, en el sentido de que el titular de una marca podrá invocar su derecho de marca para impedir a un importador paralelo llevar a cabo un re-embalaje de medicamentos, salvo que el ejercicio de dicho derecho contribuya a compartimentar artificialmente los mercados entre los Estados miembros. Este pronunciamiento también consideró que: “un re-embalaje de medicamentos mediante sustitución del embalaje es objetivamente necesario en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia si, de lo contrario, se obstaculiza el acceso efectivo al mercado de que se trate o a una parte importante de éste debido a una fuerte resistencia de una proporción significativa de consumidores frente a los medicamentos re-etiquetados”. También concluyó que el importador paralelo debe respetar en todo caso el requisito de advertencia previa al titular de la marca para tener el derecho a realizar el re-etiquetado.

44. Pues bien, en el asunto *Junek Europ-Vertrieb GmbH v. Lohmann & Rauscher International GmbH & Co KG*<sup>77</sup> se hace alusión a la interpretación que el TJUE venía realizando y se concretaba en considerar que “la oposición del titular de la marca a la comercialización de medicamentos re-embalados, de conformidad con el artículo 13, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009, que constituye una excepción a la libre circulación de mercancías, no se puede admitir si el ejercicio por el titular de este derecho constituye una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 36 TFUE (sentencias de 11 de julio de 1996, *Bristol-Myers Squibb* y otros, C427/93, C429/93 y C436/93, EU:C:1996:282, y de 26 de abril de 2007, *Boehringer Ingelheim* y otros, C348/04, EU:C:2007:249). De ello se deduce que el titular de la marca puede prohibir la modificación que implica todo re-embalaje de un medicamento que lleve su marca y que, por su propia naturaleza, cree el riesgo de un perjuicio al estado original del medicamento a menos que se cumplan cinco requisitos, a saber:

- que se acredite que la utilización del derecho de marca, por parte de su titular, para oponerse a la comercialización de los productos re-embalados con esta marca contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados entre Estados miembros;
- que se demuestre que el re-embalaje no puede afectar al estado original del producto contenido en el embalaje;
- que se indique claramente en el nuevo embalaje el autor del re-embalaje del producto y el nombre del fabricante de este;
- que la presentación del producto re-embalado no sea tal que pueda perjudicar la reputación de la marca y la de su titular; así, el embalaje no debe ser defectuoso, de mala calidad o descuidado, y
- que el importador advierta, antes de la comercialización del producto re-embalado, al titular de la marca y le proporcione, a petición de este, un ejemplar del producto re-embalado.”

45. Ahora bien, en el supuesto *Junek* concreto, el tribunal alemán preguntaba si se aplicaban las “condiciones BMS” a las importaciones paralelas de dispositivos médicos del mismo modo que se habían aplicado a los productos farmacéuticos. El TJ considera que incluso teniendo en cuenta que los dispositivos médicos no son equiparables a los productos farmacéuticos, sometidos a procedimientos de autorización, se tenía en consideración que “son productos que tienen una relación directa con la salud. Dado que los consumidores conceden un especial valor y atención a la salud, nada hay que objetar a la apreciación del tribunal de apelación en el sentido de que los dispositivos médicos, al igual que los medicamentos, figuran entre los productos especialmente sensibles en que, debido a la elevada responsabilidad del fabricante, adquiere una especial relevancia la garantía de procedencia que otorga la marca indicada en el producto”.

46. Por tanto, se confirma que las condiciones “BMS” se aplican también en el caso de dispositivos médicos, si se ha llevado a cabo un re-embalaje. Pero también sugiere –y esta es la novedad– que hay un umbral de *minimis* aplicable al concepto de re-embalaje que no incluye una pequeña etiqueta adicional

<sup>76</sup> STJCE 23 abril 2002, C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG*, ECLI:EU:C:2002:246.

<sup>77</sup> STJUE de 17 mayo 2018, C-642/16, *Junek*, ECLI:EU:C:2018:322.

discretamente colocada que no parece que pueda poner en peligro las funciones de marca). En resumen, en esta ocasión se considera que el antiguo artículo 13, apartado 2 del Reglamento 207/2009, que se correspondería con el hoy 15.2, ha de interpretarse en el sentido de que el titular de una marca no puede oponerse a una mayor comercialización, por parte de un importador paralelo, “de un dispositivo médico en su embalaje interior y exterior original cuando el importador ha colocado una etiqueta adicional, como la controvertida en el litigio principal, que por su contenido, función, tamaño, presentación y emplazamiento no supone un riesgo para la garantía de la procedencia del dispositivo médico que lleva la marca”.

### C) Publicidad

47. El titular de una marca no puede oponerse a que un operador económico, que habitualmente comercializa artículos del mismo tipo pero no necesariamente de la misma calidad que los productos protegidos, utilice dichos productos, conforme a los métodos usuales en su ramo de actividad, para anunciar al público la comercialización ulterior de los mismos, a menos que se demuestre que, habida cuenta de las circunstancias específicas de cada caso, el empleo de dichos productos a estos efectos menoscaba gravemente la *reputación de los mismos*<sup>78</sup>. Afirmado lo anterior por el TJUE, un motivo legítimo para oponer la marca a una comercialización ulterior o publicidad sería el supuesto en el que pudiera dañar seriamente la reputación de la marca<sup>79</sup>. Así se ha considerado cuando el anuncio, aunque no sugiera la existencia de un vínculo económico, sea tan impreciso sobre el origen de los productos de que se trata, “que un internauta normalmente informado y razonablemente atento no puede determinar, sobre la base del enlace promocional y del mensaje comercial que lo acompaña, si el anunciante es un tercero para el titular de la marca o si, por el contrario, está económicamente vinculado a éste”<sup>80</sup>, en tal caso se infiera que la función de marca resulta menoscabada.

### D) Otros motivos legítimos

48. Anteriormente se mencionó el supuesto de reutilización de botellas de gas<sup>81</sup>. En este supuesto se consideró que el titular no podía oponerse al rellenado de las botellas (no se apreciaría motivo legítimo en este caso), si bien el TJUE apunta en el apartado 40 que, en relación con supuestos similares, debería estarse a “las prácticas en ese sector y, en particular, por lo que atañe a la cuestión de si los consumidores están habituados a que las bombonas de gas sean rellenadas por otros distribuidores”. Así mismo, podrían considerarse como otros motivos legítimos el encontrar defectos en los productos marcados, que puedan implicar responsabilidad o daños<sup>82</sup>.

## IV. Algunos aspectos en relación con el Brexit

49. Desde la perspectiva del Reino Unido el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual se fue introduciendo al implementar los textos europeos. Así, podía verse, la sección 12 de la Ley de marcas de 1994 (*The Trade Marks Act 1994*) que implementó el artículo 7 de la Directiva de marcas comerciales 89/104 / CE (ahora artículo 15 de la Directiva (UE) 2015/2436).

50. Y, como se recordaba al inicio, poco después de la entrada en vigor de la Directiva de marcas 89/104/CE, el TJCE aclaró si esa Directiva dejaba a los Estados miembros la posibilidad de establecer

<sup>78</sup> STJCE 4 noviembre 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, en el fallo.

<sup>79</sup> BEKEMA, *cit.*, p. 457.

<sup>80</sup> STJUE 8 julio 2010, C558/08, *Portakabin Ltd.*, ECLI:EU:C:2010:416, § 35.

<sup>81</sup> STJUE 14 julio 2011, C-46/10, *Viking Gas*, ECLI:EU:C:2011:485.

<sup>82</sup> BEKEMA, *cit.*, p. 458.

el agotamiento internacional<sup>83</sup>. Como es sabido, la respuesta fue clara, en tanto que no se permitía el agotamiento internacional, como forma de salvaguardar el funcionamiento del mercado interior. Es cierto que otra opción no parecía la adecuada si se permitía que algunos Estados miembros previeran el agotamiento comunitario mientras que otros lo hicieran respecto del agotamiento internacional. Y se recordará que esta posición permitía y permite la libre circulación dentro del espacio europeo.

**51.** Partiendo de esa situación, el Acuerdo del Brexit<sup>84</sup> recoge un Título dedicado a la Propiedad intelectual, si bien fue seguido del Acuerdo de Comercio y Cooperación celebrado entre la UE y el Reino Unido que establece regímenes preferenciales en ámbitos como el comercio de bienes y servicios, el comercio digital, la propiedad intelectual, la contratación pública, entre otros. En este Acuerdo de Comercio y Cooperación, el Artículo IP.5 se limita a señalar, en cuanto al agotamiento, que el título del Acuerdo no afectará a la libertad de las Partes para determinar si se aplica el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, y en qué condiciones.

**52.** En este contexto, se replantearon antiguas cuestiones como el tipo de agotamiento que sería deseable establecer -nacional, internacional o regional-, se publicaron informes sobre la situación<sup>85</sup> y el propio Gobierno del Reino Unido publicó normas específicas en la materia. Se trata de las normas sobre agotamiento de derechos: “*The Intellectual Property (Exhaustion of Rights) (EU Exit) Regulations 2019*”<sup>86</sup>. Estas normas recogen un agotamiento regional, en esencia y por ellas se modifica, entre otras, la Ley de Marcas de 1994 (*The Trade Marks Act 1994*)<sup>87</sup>. La pretensión general es la de mantener el *status quo* en la medida de lo posible.

**53.** Por otra parte, desde la perspectiva de las marcas europeas del RMUE, a partir del 1 de enero de 2021, ya no estarían protegidas en el Reino Unido<sup>88</sup>. Ahora bien, se previó que la Oficina del Reino Unido otorgaría automáticamente una marca comercial comparable a los titulares de marcas europeas totalmente registradas antes del 1 de enero de 2021, buscándose la equiparación con el mantenimiento de la fecha de presentación original de la marca europea, así como la fecha de prioridad original. Se ha previsto también en la Guía de la Oficina británica de propiedad intelectual la numeración de las marcas. Así mismo, se prevén aspectos como la renovación o la posibilidad de “*opt-out*”, bajo condiciones, esto es, el titular de marcas de la UE que no esté interesado en ser titular de marcas comparables del Reino Unido puede optar por no acogerse, presentando una solicitud; se trataría de un supuesto de exclusión voluntaria que ha de cumplir determinadas condiciones, tanto para ser efectiva frente a terceros, como para ser una opción en sí (ya que no cabría en todos los supuestos).

**54.** Existen otras cuestiones importantes que han de ser consideradas, como sería el supuesto de las solicitudes de marcas de la UE que estuvieran presentadas ante la EUIPO y pendientes de resolución a fecha 31 de diciembre de 2020. En este caso, si el solicitante de la marca europeo deseara conseguir protección marcaría también en el Reino Unido para el mismo signo, así como para los productos o servicios, que han sido solicitados a nivel de la UE, deberá el solicitante instar también una marca comercial británica equiparable contra el pago de las tasas británicas, antes del 30 de septiembre de 2021 (incluido).

<sup>83</sup> As. *Silhouette v. Hartlauer*, C-355/96.

<sup>84</sup> 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 (2019/C 384 I/01).

<sup>85</sup> Cfr. EY, *Exhaustion of Intellectual Property Rights*, estudio publicado en 2019, encomendado por la IPO (*Intellectual Property Office*, británica).

<sup>86</sup> STATUTORY INSTRUMENTS 2019. No. 265, EXITING THE EUROPEAN UNION, INTELLECTUAL PROPERTY, de 14 de febrero de 2019 y disponibles en: <https://www.legislation.gov.uk/>.

<sup>87</sup> Cfr. la Sección 12.

<sup>88</sup> Cfr. *EU trade mark protection and comparable UK trade marks, Guidance for businesses and organisations holding EU trade marks at the end of the transition period*.

**55.** No cabe duda de que otros aspectos relevantes en materia de marcas pueden plantear algunos problemas. Así, surge evocar también, citándolos tan solo, aspectos como el uso genuino de la marca o la reputación del signo a partir del fin del año 2020. Igualmente, las licencias o las garantías reales inscritas en el registro antes del 1 de enero de 2021 se abordan en la Guía editada por la Oficina británica de Propiedad intelectual que, en conjunto, analiza, además de los arriba referenciados: todos los aspectos referidos a la denominada “marca comparable” en el Reino Unido; aspectos sobre una solicitud de MUE pendiente como marca del Reino Unido; las reivindicaciones de prelación y antigüedad junto con la retención automática de las fechas de prioridad y antigüedad existentes citadas; acciones de cancelación pendientes; el también ya citado uso y reputación; así como la certificación y marcas colectivas.

# EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER Y EL RECURSO A LOS MASC EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

## BRUSSELS II TER REGULATION AND THE PROMOTION OF ADR IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY AND INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

PROF. DR. CARLOS ESPLUGUES MOTA  
*Catedrático de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Valencia*

Recibido: 22.04.2021 / Aceptado: 10.05.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6253>

**Resumen:** El Reglamento Bruselas II ter supone un paso más en el proceso del fomento de la mediación y de otros medios de resolución alternativa de conflictos en el seno de la UE. A partir de este dato positivo, el Reglamento plantea una pluralidad de interrogantes. Ciertamente, las soluciones diseñadas incorporan un tratamiento innovador, y positivo. Sin embargo, la consolidación de una categoría autónoma de “acuerdos”, independiente de los documentos públicos, y que va más allá de los concluidos en el marco estricto de un procedimiento de mediación, suscita directamente la cuestión de su concreción y entendimiento, y de su virtualidad. Planteando dudas adicionales sobre su propia filosofía y sobre su engarce en el modelo europeo de DIPr.

**Palabras clave:** Reglamento Bruselas II ter, acuerdo de mediación, sustracción internacional de menores, MASC, reconocimiento y ejecución.

**Abstract:** The Brussels II ter Regulation constitutes a further step in the process of the promotion of mediation and other ADR tools in the EU. Standing on this positive element, the Regulation raises a plurality of issues of different nature and relevance. The solutions designed are innovative and positive. However, the establishment of an autonomous category of “agreements”, independent of public documents, and which embody agreements reached within and outside mediation proceedings, directly raises the issue of its concretion and understanding, and of its virtuality. In addition to that, it generates certain doubts as regards its rationale and its link with the European system of PIL.

**Keywords:** Brussels II ter Regulation, ADR, international legal kidnapping, settlement, recognition and enforcement.

**Sumario:** Hacia la consolidación de un nuevo entendimiento del derecho de acceso a la justicia, también en relación con la responsabilidad parental y la sustracción de menores. II. La constatación de un amplio apoyo a la mediación como forma de resolver –y prevenir– las situaciones de sustracción de menores. 1. El Consejo de Europa. 2. La Conferencia de La Haya de DIPr. 3. La situación española. III. El fomento de la mediación en, y por, la Unión Europea. 1. La Directiva 2008/52/CE como clave de bóveda del modelo europeo de mediación en materia civil y mercantil. A) Una transposición con claroscuros. B) La limitada circulación en el seno de la UE de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación. IV. Los Reglamentos Bruselas II bis y ter y el recurso a la mediación y otras formas de resolución amistosa de litigios. 1. El Reglamento Bruselas II bis. 2. El Reglamento Bruselas II ter. A) El contenido del acuerdo en materia de responsabilidad parental.

B) La posibilidad de prórroga del foro con respecto a la homologación del acuerdo alcanzado. C) La eficacia del acuerdo alcanzado en la UE y su circulación en el seno de la UE. a) Resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos. b) Reconocimiento y, en su caso, ejecución de acuerdos en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. D) La audiencia del menor como novedad del Reglamento Bruselas II ter y su salvaguarda en relación con la eficacia de los acuerdos alcanzados por las partes en relación con la responsabilidad parental y la sustracción de menores. V. Qué será, será (Whatever will be, will be).

## **I. Hacia la consolidación de un nuevo entendimiento del derecho de acceso a la justicia, también en relación con la responsabilidad parental y la sustracción de menores**

1. Si algo caracteriza a la justicia en las décadas recientes es la doble imagen de crisis y de búsqueda de alternativas. Unas ideas que se ven reflejadas en la existencia de una creciente percepción de la justicia estatal como incapaz de aportar respuestas adecuadas, previsibles, rápidas y accesibles a los ciudadanos, miembros de unas sociedades crecientemente conflictivas y conflictuadas<sup>1</sup>. Ello alimenta un aumento paulatino de la insatisfacción respecto de los tribunales estatales que, entre otros resultados, facilita el afianzamiento de una tendencia global en favor del recurso a los denominados medios alternativos de resolución de controversias (MASC)<sup>2</sup>.

2. Mecanismos que, con el transcurso del tiempo, han pasado de presentarse como meras posibilidades teóricas previstas con más o menos amplitud, y elaboración, en los distintos ordenamientos jurídicos, a convertirse en opciones reales, con vistas a lograr la resolución de sus disputas por parte de los ciudadanos<sup>3</sup>. Hasta el punto de que transmutarse hoy en auténticos medios complementarios a la justicia estatal, a los que el ciudadano puede, y debe, acceder en condiciones de igualdad con ésta<sup>4</sup>. Favoreciendo, por ende, la consolidación de una nueva y polimorfa noción de “acceso a la justicia”<sup>5</sup>.

3. Dentro de la exploración de vías complementarias a los tribunales de justicia como forma de arraigar este nuevo paradigma de justicia<sup>6</sup>, la mediación cuenta con una enorme trascendencia particular, adquirida con especial énfasis en los últimos años, al compás de la crisis del arbitraje comercial internacional<sup>7</sup>. Convirtiéndose, de hecho, en la “estrella emergente” del firmamento de los MASC<sup>8</sup>.

4. Esta búsqueda de alternativas a una justicia estatal cada vez más lenta, e incierta e insatisfactoria en el resultado se hace patente en los más diversos ámbitos y, también, en el complejo sector de

<sup>1</sup> Vid. C. ESPLUGUES MOTA, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones”, en C. ESPLUGUES MOTA (Ed.), *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 49-53.

<sup>2</sup> Al respecto, y por todos, considérese S. BARONA y C. ESPLUGUES, “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, en C. ESPLUGUES y S. BARONA (Eds.), *Global Perspectives on ADR*, Cambridge, intersentia, 2014, pp. 7-16.

<sup>3</sup> Nótese S. BARONA VILAR, *Mediación civil en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 19-20.

<sup>4</sup> C. ESPLUGUES MOTA, *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 16-22.

<sup>5</sup> Al respecto, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del ‘triángulo mágico’”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 79-81; C. ESPLUGUES MOTA, “El arbitraje comercial internacional”, *cit.*, pp. 53-57.

<sup>6</sup> Vid. S. BARONA VILAR, “‘Justicia integral’ y ‘access to justice’, crisis y evolución del ‘paradigma’”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 45 y ss.

<sup>7</sup> Vid. S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad virtual y líquida del Siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje*, *cit.*, p. 43 y ss.

<sup>8</sup> S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 21-27.

la sustracción internacionales de menores<sup>9</sup>. Una realidad convertida en “problema social globalizado”<sup>10</sup> que viene caracterizada por la conjunción –e interacción, en muchas ocasiones centrífuga- de distintos factores dotados de autonomía y lógica propia. Situaciones en las que, en primer lugar, y entre otros, existe un menor, sujeto de derechos propios, y diferenciados del resto de los miembros de la familia y de la familia en sí misma<sup>11</sup> -con independencia de la forma de organización familiar de que se trate<sup>12</sup>-, que por sus propias características personales y jurídicas presenta una situación de especial fragilidad y vulnerabilidad, dependiendo de los adultos para su crecimiento y desarrollo. Un menor al que el posible traslado ilícito, y la consiguiente abrupta separación de su entorno vital que ello implica, puede generar un impacto psicológico enorme<sup>13</sup>, por lo que se requiere de una especial salvaguarda de sus intereses y expectativas a través de la articulación de respuestas singulares<sup>14</sup>.

5. Se hace igualmente patente, en segundo lugar, la presencia de unos derechos de custodia y visita que se han visto violados, y que deben de intentar restituirse de forma inmediata<sup>15</sup>, máxime atendiendo al impacto que el transcurso del tiempo puede tener en el menor<sup>16</sup>. Así como, también, en tercer lugar, se patentiza la consolidación del principio del interés superior del menor, merecedor de una “consideración primordial” en el sentido de que “no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones”<sup>17</sup>. Y que, como reconoce la Observación General nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño<sup>18</sup>, se conforma como premisa, objetivo y guía interpretativa –“un derecho, un principio y una norma de procedimiento”<sup>19</sup>– de toda la normativa y de todas las situaciones que involucran a éste<sup>20</sup>.

<sup>9</sup> Nótese, Y. VELARDE D'AMIL, “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015, pp. 1280-1282.

<sup>10</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *CdT*, vol. 6, nº 2, 2014, p. 131. Igualmente, M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La libre circulación de resoluciones judiciales en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores”, *Revista Justicia y Derecho*, vol. 3, nº 2, 2020, p. 2.

<sup>11</sup> Nótese A. BORRÁS, “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA y J.J. FORNER DELAYGUA (Dir.), *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*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 12-14.

<sup>12</sup> C. VALDEBENITO LARENAS, A. ROJO BURROWS y P. CAMPILLAY DÍAZ, “Mediación familiar y plan de parentalidad: mecanismos para el ejercicio del cuidado personal y corresponsabilidad en la paternidad y maternidad activa”, *Revista de Mediación*, nº 12-2, 2019, p. 2.

<sup>13</sup> Nótese, SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL, *Resolver los conflictos familiares. Una guía para la mediación familiar internacional*, Ginebra, SSI, 2015, pp. 66-68.

<sup>14</sup> M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 64 y ss.; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture”, en M. JÄNTERÄ-JAREBORG (Ed.), *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, Cambridge, intersentia, 2016, p. 1 y ss.; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional”, *cit.*, pp. 131-132.

<sup>15</sup> Vid. M.A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la Propuesta de Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. 17, 2017, p. 805.

<sup>16</sup> Considérese, M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 30, julio 2020, pp.480-482.

<sup>17</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general nº 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 29.5.2013, p. 10, nº. 37. Nótese al respecto, S. QUICIOS MOLINA, “Filiación e interés superior del menor”, en M.C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (Dir.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 44-48, quien gráficamente habla del principio como una “vara de medir”, o A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado”, en J.M. VELASCO RETAMOSA (Dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 34 y ss.

<sup>18</sup> Vid. nota *supra*.

<sup>19</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general nº 14, cit.*, p. 3.

<sup>20</sup> Sobre el concepto de “interés superior del menor” vid., por todos, M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y TEDH”, en M.C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (Dir.), *Aproximación interdisciplinaria, cit.*, p. 643 y ss. Igualmente, nótese, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general nº 14, cit.*, pp. 9-10.

Todo ello modulado por el creciente impacto en este magma de intereses de realidades como pueda ser la violencia de género<sup>21</sup>.

6. A todo ello se une, como elemento de fondo, la presencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos y autoridades de distintos países, susceptibles de verse vinculadas con estas situaciones y de las que se exige diligencia y rapidez, amén de una especial sensibilidad. A la vez que se constata la inexistencia de un marco jurídico normativo internacional unificado<sup>22</sup>.

7. La no siempre fácil conjunción de todos estos factores apuntados genera un volumen adicional de complejidad que no siempre resulta sencilla de resolver, y que incide plenamente en el objetivo de lograr la pronta restitución del menor desde el lugar en que se encuentra, al país desde el que fue ilícitamente trasladado. Ello tiene un efecto directo en el favorecimiento del recurso a los MASC con vistas a resolver la situación planteada, intentando asegurar, a su vez, que el menor vea satisfecho, en el futuro, su derecho a relacionarse con ambos progenitores, tanto con el titular del derecho de custodia, como con aquel que lo violó a través del logro de una solución duradera<sup>23</sup>.

8. En este sentido, si bien subsisten en Europa algunas posiciones poco partidarias del uso de la mediación en el sector de las disputas vinculadas con menores<sup>24</sup>, llegándose, incluso, a afirmarse que su uso en este ámbito resulta muy controvertido<sup>25</sup>. Lo cierto es que se percibe en la práctica una amplia aceptación en torno al hecho de que la mediación “in the cases of international child abduction, represent an efficient way to prevent disputes, which is compatible with and complementary to the applicable legal instruments, while favouring the interest of the child”<sup>26</sup>, y un incremento en su uso<sup>27</sup>. En particular, en todo lo referente a las modalidades de custodia de los hijos, al derecho de visita, la pensión alimenticia del menor o a la sustracción parental de menores, puede crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres<sup>28</sup>, llegando a calificarse, de hecho,

<sup>21</sup> Al respecto, nótese R. ESPINOSA CALABUIG, “La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, nº 3, 2019, p. 44 y ss.

<sup>22</sup> Todo lo contrario, el modelo normativo se caracteriza, precisamente, por su enorme complejidad y dispersión. Al respecto, nótese, F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CdT*, vol. 3-1, 2011, p. 282 y ss.

<sup>23</sup> TH. KRUGER, “Enhancing Cross-Border Cooperation”, en EUROPEAN PARLIAMENT, *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*, Brussels, European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2016, pp. 41-42.

<sup>24</sup> Con diversas gradaciones. Nótese, así, como algunos autores insisten en el retraso que puede acarrear en los supuestos de sustracción internacional de menores (P. BEAUMONT, L. WALKER y J. HOLLIDAY, “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *International Family Law Journal*, Nov., 2016, pp. 309-310. Por su parte, otros autores se muestran reacios a aceptar el juego de la mediación en relación con la sustracción internacional de menores y, sin embargo, lo aceptan en materia de responsabilidad parental, siempre con ciertos condicionantes y limitaciones (M.A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental”, *cit.*, pp. 811-813).

<sup>25</sup> M. BROSCHE y C.M. MARIOTTINI, *EUFAMS II. Facilitating Cross-Border Family Life: Towards a Common European Understanding Report on the International Exchange Seminar 20 december 2019*, Luxembourg, Max Planck Institut Luxembourg for Procedural Law / Universität Heidelberg, p. 15 (disponible en: [https://pure.mpg.de/pubman/item/item\\_3250282\\_1/component/file\\_3250283/download.php%3Fart%3Dprojektbericht%26id%3D17](https://pure.mpg.de/pubman/item/item_3250282_1/component/file_3250283/download.php%3Fart%3Dprojektbericht%26id%3D17), éste y el resto de enlaces señalados en este artículo se entienden visitados por última vez en fecha 22.4.2021).

<sup>26</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Conclusions of the ministerial seminar organised by the Belgian Presidency concerning international family mediation in cases of international child abduction*, Brussels, 12.11.2010, 16121/10, JUSTCIV 194, p. 5.

<sup>27</sup> CH. C. PAUL, “The Role of Family Mediation in Matters of Parental Responsibility”, en EUROPEAN PARLIAMENT, *Recasting the Brussels IIa Regulation*, *cit.*, pp. 21-23.

<sup>28</sup> En tal sentido, vid., por ejemplo, C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista boliviana de derecho*, nº 20, 2015, pp. 209-211. Igualmente, nótese, L. HECKENDORN URSCHELER, I. PRETELLI, J. CURRAN *et al.*, *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Brussels, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2015, p. 89; B. HAFTEL, *Droit international privé* Paris, Dalloz, 2ª ed., 2020, p. 482 o R. ADAMO, A. FROSINA y G. TRIOLO, “Civil Justice in matrimonial matters and the matters of parental responsibility”, en A. MIRANDA (Ed.), *Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures*, Roma, Aracne, 2014, p. 179.

como un instrumento “óptimo” para afrontar esta categoría de situaciones<sup>29</sup>. Facilitándose a través de su uso, el logro de soluciones amistosas con vocación de durabilidad en relación, específicamente, con los menores involucrados en estas disputas, que permiten tomar en todo momento en consideración –y proteger- su interés superior<sup>30</sup>.

9. Con todo, se insiste, es necesario asumir que existen riesgos y puntos débiles de los que se debe ser consciente; y prevenirlos y superarlos para que devenga un mecanismo eficaz de resolución de este tipo de controversias<sup>31</sup>. Máxime en unas disputas tan peculiares y delicadas como son las que involucran a menores<sup>32</sup>. Una mediación a la que, en el caso concreto de la sustracción del menor, se recurre una vez se ha producido ésta, y que puede referir tanto a situaciones en las que todavía se encuentra pendiente el procedimiento ante el tribunal para decidir si procede el retorno del menor, como a otras posteriores a dicho procedimiento; incluso encontrarse ya en la fase de ejecución y buscarse con la mediación facilitar ésta<sup>33</sup>. Y que, en todo caso, si bien puede permitir acuerdos entre los progenitores respecto del ejercicio de la responsabilidad parental va a venir habitualmente caracterizada por un alto nivel de tensión entre todos los involucrados en ella. Por parte del progenitor perjudicado, que se ve doblemente afectado por la pérdida repentina y por el potencial temor a no ver a su hijo nuevamente. Y, también, por el progenitor sustractor quien, una vez percibe plenamente las consecuencias de su accionar, puede igualmente temer a los eventuales procesos legales, a una restitución forzosa o al posible impacto negativo en los procesos de custodia<sup>34</sup>. A lo que se une, entre otros factores adicionales, la presión de cómo involucrarlos a todos ellos en una mediación de la que se espera, además, un resultado rápido<sup>35</sup>.

## II. La constatación de un amplio apoyo a la mediación como forma de resolver –y prevenir- las situaciones de sustracción de menores

10. El recurso a la mediación en los supuestos que involucran a menores se ve apoyado ampliamente dentro y fuera de Europa. Asumiendo que, en el ámbito de la familia, primer y principal lugar de

<sup>29</sup> P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores”, en C. AZCÁRRAGA MONZONIS y P. QUINZÁ REDONDO (Eds.), *Tratado de mediación. Mediación en conflictos familiares. Tomo III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 183.

<sup>30</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)), P8\_TA(2017)0321 - Aplicación de la Directiva sobre la mediación (2018/C 337/01) DO C 337, de 20.9.2018, Conclusión principal (8). En el mismo sentido, M. CAROLL, U. BRIANT, Z. NÉMETH *et al*, *La médiation dans les cas illicites de l'enlèvement international d'enfants - une solution à l'amiable dans l'intérêt des enfants. Manuel pour les médiateurs et autres experts*, Ministry of Justice Hungary, Bundesamt für Justiz, Ministère de la Justice RF, Országos Bírósági Hivatal, 2014, pp. 91-92 (disponible en: <https://www.observatoiredesmediations.org/Documentation/Bibliographie?ID=75>) o P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional de menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA y J.J. FORNER DELAYGUA (Dir.), *La Protección de los niños, cit.*, pp. 369-371. Nótese, igualmente, sobre las ventajas ofrecidas por la mediación en este ámbito, G. PALAO MORENO, “Mediación y Derecho internacional privado”, en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M. DOLORES ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (Coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 650-654; F. CALVO BABÍO, “La mediación en la sustracción internacional de menores”, en M. GONZALO QUIROGA (Dir.-Eda.), *Métodos alternativos de solución de conflictos desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 173-175; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional”, *cit.*, p. 136.*

<sup>31</sup> Al respecto, M.L. SOTO RODRÍGUEZ, “La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, 2018, p. 162.

<sup>32</sup> Considérese al respecto, F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid, Sepin, 2015, pp. 105-136.

<sup>33</sup> Vid. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, *Revista internacional de estudios de Derecho internacional y arbitraje*, 1, 2011, pp. 25-26. Al respecto, igualmente, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediación*, La Haya, Hague Conference on Private International Law, 2012, p. 44 y ss. o P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Competencia judicial internacional”, *cit.*, pp. 190-194.

<sup>34</sup> Al respecto, SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL, *Resolver los conflictos familiares, cit.*, pp. 68-70.

<sup>35</sup> Vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas, cit.*, p. 28 o P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Competencia judicial internacional”, *cit.*, p. 184.

socialización del menor, “les conséquences du conflit ont un coût élevé pour les parents et, plus encore, pour les enfants”<sup>36</sup>, lo que favorece el fomento de medios que faciliten el consenso en las soluciones frente a la imposición<sup>37</sup>.

11. Con un carácter cuasi-universal, así se ha producido, por ejemplo, en el marco del Convenio sobre los derechos del niño<sup>38</sup>. El Comité de los Derechos del niño en su Observación General n.º 2 (2002) sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño<sup>39</sup>, en relación con el ejercicio de los derechos de los menores, apuesta por “Entablar, cuando proceda, procesos de mediación o conciliación antes de que se recurra a una acción judicial”<sup>40</sup>.

12. Por su parte, la Observación General n.º 12 (2009) del Comité de los Derechos del niño<sup>41</sup> apoya el doble entendimiento del derecho a “ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño” recogido en el artículo 12.2 del Convenio, en el sentido, primero, de que engloba a “a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones”, esto es, también a las cuestiones surgidas como consecuencia del traslado ilícito del menor. Y, segundo, de que la referencia a “procedimiento judicial o administrativo” abarca a los distintos “mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje”<sup>42</sup>.

## 1. El Consejo de Europa

13. En el caso específico de Europa, el fomento del recurso a la mediación en relación con los litigios de familia y, en concreto, con respecto a la problemática generada por la sustracción internacional de menores, se hace explícita en el seno del Consejo de Europa. En su momento, se aprobó en su seno la Recomendación n.º. (98)1 de 21 de enero 1998 del Comité de Ministros a los Estados miembros en mediación familiar<sup>43</sup>, que, más allá del impacto económico que puede tener en el sistema estatal de justicia<sup>44</sup>, les recomienda introducir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente, como un medio particularmente adecuado para resolver los conflictos familiares, especialmente los transfronterizos “in a consensual manner”<sup>45</sup>.

<sup>36</sup> A. VAN KOTE, “Les enfants et la médiation familiale”, *AJ Famille*, 2009, p. 337.

<sup>37</sup> S. BARONA VILAR, “‘Justicia integral’ y ‘access to justice’”, *cit.*, p. 54.

<sup>38</sup> BOE de 31.12.1990.

<sup>39</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*, 32º período de sesiones, 13 a 31.1.2003, CRC/GC/2002/2, 15.11.2002.

<sup>40</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 2*, *cit.*, p. 7, q).

<sup>41</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*, 51º período de sesiones, Ginebra, 25.5 a 12.6 de 2009, CRC/C/GC/12, 20.7.2009.

<sup>42</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 12*, *cit.*, p. 12, n.º 32.

<sup>43</sup> Disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804ecb6e](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ecb6e)

<sup>44</sup> Vid. P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, *cit.*, p. 368, citando en este sentido la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (86) 12, de 16.9.1986, del Consejo de Europa, sobre medidas para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales. Igualmente, G. DE PALO, A. FEASLEY y F. ORECHINI, *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis*, Brussels, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2011, pp. 4-5.

<sup>45</sup> Punto VI Promotion and Access to mediation, letra c). Una valoración de la realidad práctica de estas medidas impulsadas por el Consejo de Europa se encuentra en EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Analysis on Assessment of the Impact of Council of Europe Recommendations Concerning Mediation*, Working group on mediation (CEPEJ-GT-MED)CEPEJ (2007) 12, Strasbourg, 3.5.2007 (disponible en: [http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes\\_Internacionales\\_de\\_Justicia/Ref\\_Int\\_por\\_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION\\_CEPEJ\\_2007\\_12.doc](http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_CEPEJ_2007_12.doc)). Nótese, igualmente, EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, Strasbourg, 7.12.2007, CEPEJ(2007)14 (disponible en: [http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes\\_Internacionales\\_de\\_Justicia/Ref\\_Int\\_por\\_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION\\_CEPEJ\\_2007\\_14.doc](http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_CEPEJ_2007_14.doc)).

La Recomendación destaca, igualmente, que la “International mediation should be considered as an appropriate process in order to enable parents to organise or reorganise custody and access, or to resolve disputes arising following decisions having been made in relation to those matters.”<sup>46</sup> Aunque específicamente desaconseje su uso “in the event of an improper removal or retention of the child... if it would delay the prompt return of the child”.

**14.** La Recomendación, que se verá culminada con la aprobación, años después, en 2019, de un *European Handbook for Mediation Lawmaking*<sup>47</sup>, explicita una serie de premisas sobre las que debe articularse el uso de la mediación en este ámbito. E incide en la necesidad de que los Estados faciliten la aprobación de los acuerdos de mediación por una autoridad judicial u otra autoridad competente, cuando las partes así lo soliciten. A la vez que articulan mecanismos para la aplicación de dichos acuerdos aprobados, en consonancia con la ley nacional<sup>48</sup>.

**15.** La apuesta por el uso de la mediación en el ámbito del Derecho de familia y, también, especialmente, en relación con las situaciones litigiosas que involucren a menores, se patentiza, igualmente, en el artículo 13 de la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño adoptada en el seno del Consejo de Europa el 25 de enero de 1996<sup>49</sup>. El precepto, rubricado “Mediación y otros sistemas de resolución de controversias”, señala con carácter genérico que con “el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen”.

**16.** Todo este proceso se desarrolla en el marco del fomento de una “child-friendly justice”<sup>50</sup>, en la que la mediación ha de jugar un papel protagonista, fomentándose su uso, y el de otros mecanismos similares, dentro y fuera del proceso, como un vehículo para alcanzar un mayor nivel de satisfacción para todos los afectados, incluidos los padres<sup>51</sup>. Y encuentra un paso adicional muy relevante en la aprobación por el Consejo de Europa de su Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002, sobre “L’enlèvement international d’un enfant par l’un des parents”<sup>52</sup>, que invita a los Estados miembros del Consejo de Europa “à développer la médiation familiale pour prévenir le rapt parental et à aider à la résolution des conflits familiaux”<sup>53</sup>, asumiendo su doble función preventiva y de instrumento útil con vistas a resolver la situación creada por el traslado ilícito del menor<sup>54</sup>.

<sup>46</sup> Punto VIII. International matters, letra b). En relación con este punto, vid. G. PALAO MORENO, “La mediación familiar internacional”, en J.M. LLOPIS GINER (Ed.), *Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, pp. 71-72.

<sup>47</sup> Vid., EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *European Handbook for Mediation Lawmaking. As adopted at the 32th plenary meeting of the CEPEJ Strasbourg, 13 and 14 June 2019* (disponible en: <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>).

<sup>48</sup> Ideas sobre las que se incide en la *Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters (Adopted by the Committee of Ministers on 18.9.2002 at the 808th meeting of the Ministers’ Deputies)* en la que se desgranar todo un conjunto de principios sobre los que debe articularse la mediación a desarrollar (disponible en: [http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes\\_Internacionales\\_de\\_Justicia/Ref\\_Int\\_por\\_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION\\_Rec\\_2002\\_10.doc](http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_Rec_2002_10.doc)).

<sup>49</sup> BOE de 21.2.2015.

<sup>50</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010 and explanatory memorandum)*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2011. De acuerdo con ellas, “child-friendly justice” refers to justice systems which guarantee the respect and the effective implementation of all children’s rights at the highest attainable level, bearing in mind the principles listed below and giving due consideration to the child’s level of maturity and understanding and the circumstances of the case. It is, in particular, justice that is accessible, age appropriate, speedy, diligent, adapted to and focused on the needs and rights of the child, respecting the rights of the child including the rights to due process, to participate in and to understand the proceedings, to respect for private and family life and to integrity and dignity.” (*Ibid.*, p. 17).

<sup>51</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee*, *cit.*, p. 91, nº. 136.

<sup>52</sup> Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17022&lang=FR>

<sup>53</sup> Punto 5.

<sup>54</sup> P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, *cit.*, p. 370; G. PALAO MORENO, “La mediación familiar internacional”, *cit.* p. 71.

17. Un apoyo a los MASC, especialmente focalizado en la figura de la mediación, que, en cualquier caso, encuentra como límite infranqueable la obligación de “best serve the child’s best interests”, sin que, además, en modo alguno pueda entrañar su uso el privar a éste del recurso a los tribunales estatales<sup>55</sup>. Lo que implica, entre otros extremos, el deber de informar debidamente al menor de la existencia de una posibilidad real –y plural- de acudir a los tribunales estatales o a mecanismos MASC<sup>56</sup>. Y de que, en todo caso, sea cual sea la opción preferida, ésta no deberá socavar su derecho de acceso a la justicia<sup>57</sup>. No se trata de obligar a nadie a valerse de uno u otro medio, sino de informar sobre su existencia y sus aparentes ventajas, asegurándole similares niveles de protección en ambos planos<sup>58</sup>.

18. Como colofón de toda esta apuesta en favor del recurso a la mediación en relación con las disputas que involucran a menores y, en concreto, a las relativas al traslado ilícito de éstos desarrollado en el seno del Consejo de Europa, se aprobará en 2015 la Recomendación CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation<sup>59</sup>, que apoya la puesta en práctica de medidas tendentes a evitar las disputas en relación con la reubicación de menores y sus consecuencias.

Entre ellas se incluye el recurso a la mediación “to assist parents or other holders of parental responsibilities in reaching an agreement”<sup>60</sup>. Siempre, de nuevo, en condiciones de igualdad en cuanto a la salvaguarda de sus derechos con los tribunales estatales<sup>61</sup>. Y con la excepción, eso sí, de ciertas situaciones como las surgidas en un contexto de violencia de género. Debido a que, como la propia Recomendación afirma, ésta se alinea con el mandato del artículo 48.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011<sup>62</sup>, que explicita que las “Victims of domestic violence and their abusers are unlikely to enter the alternative dispute resolution process on an equal level, since factors such as fear and the psychological consequences of domination, control and abuse will have an impact”<sup>63</sup>.

## 2. La Conferencia de La Haya de DIPr

19. No sólo el Consejo de Europa ha optado por favorecer decididamente el recurso a la mediación como vía para la resolución de las controversias en materia de sustracción internacional de menores. También lo ha hecho de forma constante y amplia la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>64</sup>, incidiendo en su apuesta en pro del fomento del recurso a estos mecanismos en las diversas materias cubiertas por ella<sup>65</sup>. En este sentido, la Declaración de Washington “on Inter-

<sup>55</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee*, cit., pp. 25, nº. 24, y 47, nº. 22.

<sup>56</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee*, cit., p. 59, nº. 54.

<sup>57</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee*, cit., p. 70, nº. 81.

<sup>58</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee*, cit., pp. 70 y 71, nnº. 82 y 84.

<sup>59</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation Adopted by the Committee of Ministers on 11.2.2015 at the 1219th meeting of the Ministers’ Deputies* (disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2289331&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>).

<sup>60</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec(2015)4*, cit., Principio 4.

<sup>61</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec(2015)*, cit., pp. 19, nº. 45 y 20, nº. 48.

<sup>62</sup> BOE de 6.6.2014. El precepto señala que: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.”

<sup>63</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec(2015)4*, cit., p. 23, nº. 64.

<sup>64</sup> Al respecto, M.L. SOTO RODRÍGUEZ, “La mediación en la sustracción”, cit., pp. 159-161.

<sup>65</sup> Así, por ejemplo, lo hace el art. 6.2.d) del Convenio de 23.11.2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, DO L 192, de 22.7.2011 que compele a las autoridades centrales a “promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos”. Al respecto, N. GONZÁLEZ MARTÍN, “La mediación en casos de sustracción internacional de menores por uno de los progenitores y los acuerdos voluntarios transfronterizos: el caso mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVII, nº. 141, 2014, p. 870.

national Family Relocation”<sup>66</sup>, apoyada por la Conferencia, ampara de forma explícita la promoción del recurso a la mediación, y a otros mecanismos alternativos de resolución de disputas, intra y extra-procesales, con vistas a lograr “The voluntary settlement of relocation disputes between parents” como objetivo principal<sup>67</sup>.

**20.** En este sentido, el fomento de la mediación –y de otros mecanismos MASC<sup>68</sup>- como forma de prevenir<sup>69</sup>, y/o resolver, este tipo de disputas, ya se encuentra presente en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980<sup>70</sup>, en el que se prevé la posibilidad del recurso a los MASC como vía para solventar los problemas surgidos una vez se ha producido la sustracción del menor<sup>71</sup>. Una opción que también aparece recogida de forma expresa en el artículo 31 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996<sup>72</sup>, 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 que atribuye a las autoridades centrales de los Estados contratantes la obligación de adoptar, ya sea de forma directa o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, “todas las medidas apropiadas para: ... b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio;...”<sup>73</sup>.

**21.** En línea con ello, el artículo 7 del Convenio de 1980 señala que, en el marco de las actuaciones de colaboración que deben realizar las autoridades centrales de los distintos Estados contratantes, con el fin de garantizar la restitución inmediata del menor y conseguir el resto de objetivos previstos en el Convenio, ya sea directamente o a través de un intermediario, deberán, entre otras, “c) Garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable”<sup>74</sup>. Una obligación de procurar una solución amistosa, que se vincula al mandato del artículo 10 de adoptar o hacer adoptar todas las medidas “adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor”. Y que, si bien ha sido interpretada de muy diversas formas por las autoridades centrales de los distintos Estados parte en el

<sup>66</sup> International judicial conference on cross-border family relocation, Washington, D.C., United States of America, 23-25 March 2010, co-organised by The Hague Conference on Private International Law and the International Centre for Missing and Exploited Children with the support of United States Department of State (disponible en: <https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=188>).

<sup>67</sup> Punto 8. Exigiendo tomar en consideración los puntos de vista de los menores “having regard to the child’s age and maturity, within the various processes” (disponible en: <https://www.icmec.org/press/washington-declaration-on-international-family-relocation/>).

<sup>68</sup> Vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 97-99.

<sup>69</sup> Vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 96. En relación con esta idea de prevención, vid. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro”, cit., p. 27; C. CARRILLO LERMAN, “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº. 19, 2015, p. 187, señalando en la p. 189 distintos supuestos en los que resulta especialmente interesante su exploración.

<sup>70</sup> BOE de 24.8.1987. La Guía de Buenas Prácticas elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya apuesta por el recurso a la mediación y a otros mecanismos de resolución alternativa de disputas también respecto de aquellas situaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del texto de 1980 (y del de 1996). Vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 99-101).

<sup>71</sup> Aunque también, se dice, tiene una importante función que cumplir, precisamente, una función preventiva. En tal sentido, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional”, cit., p. 141.

<sup>72</sup> BOE de 2.10.2010.

<sup>73</sup> Al respecto, N. GONZÁLEZ MARTÍN, “La mediación en casos”, cit., p. 869. Igualmente, nótese, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, pp. 160-164.

<sup>74</sup> Nótese al respecto, B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 102-108 o C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro”, cit., p. 28. Sobre el papel a jugar por las autoridades centrales en el proceso de mediación, vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 45 y ss.

Convenio<sup>75</sup> se ha entendido que, en todo caso, podía permitir la resolución de un número “considerable” de supuestos, sin necesidad de tener que recurrir a los tribunales.

Correlativamente, corresponderá igualmente a la autoridad central “decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la ‘restitución voluntaria’ del menor, o para facilitar una ‘solución amigable’”<sup>76</sup>.

**22.** Esta referencia a la “solución amigable” presente en el artículo 7.c) del Convenio de 1980, se tornará con el paso del tiempo en una mención directa y explícita al instituto de la mediación. En tal sentido, en 2001, en el marco de la Cuarta reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980<sup>77</sup> se adoptó, entre sus conclusiones y recomendaciones, una mención genérica al hecho de que las “Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7 c) del Convenio”. Apuntando para ello que, en la medida de lo posible, y cuando sea apropiado, procederán a dar instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigirán a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio “de mediación”<sup>78</sup>. Sin que, en cualquier caso, esta exploración de soluciones amigables pueda suponer “retrasos indebidos en el procedimiento de restitución”<sup>79</sup>.

**23.** Esta posición favorable al uso de la mediación como vía de resolución de las disputas vinculadas a la sustracción internacional de menores se ve adicionalmente profundizada en las Conclusiones y Recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para la revisión del funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980<sup>80</sup>, celebrada en el otoño de 2006<sup>81</sup>. Previamente, en abril de ese mismo año, los Estados Miembro de la Conferencia de La Haya habían autorizado a la Oficina Permanente a preparar un estudio de “factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia”, que comprendiese el posible desarrollo de un instrumento en la materia<sup>82</sup>, al amparo del cual se elaboró, en 2012, una Guía de Buenas Prácticas<sup>83</sup> en relación con el uso de la mediación en situaciones de sustracción de menores<sup>84</sup>.

<sup>75</sup> Al respecto 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. Primera Parte – Práctica de las autoridades centrales*, Bristol, Family Law, 2003, p. 53. También, P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, *cit.*, p. 372, nota 26.

<sup>76</sup> E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p. 27 nº. 92 (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>).

<sup>77</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001) redactadas por la Oficina Permanente* (disponible en: [https://www.hcch.net/upload/concl28sc4\\_s.pdf](https://www.hcch.net/upload/concl28sc4_s.pdf)).

<sup>78</sup> Nº 1.10. En esta tarea se resaltaba el importante papel jugado por los tribunales de justicia.

<sup>79</sup> Nº 1.11.

<sup>80</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Conclusiones y recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica 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 (30 de octubre-9 de noviembre de 2006) adoptadas por la Comisión Especial* (disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5\\_s.pdf](https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5_s.pdf)).

<sup>81</sup> Nº 1.3.1.

<sup>82</sup> Vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Proyecto de guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Quinta parte – mediación redactado por la Oficina Permanente (traducción no revisada)*, Doc. Prel. nº 5, mayo de 2011, p. 14 (disponible en: <https://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd05e.pdf>).

<sup>83</sup> Vid. nota 75 *supra*.

<sup>84</sup> En relación con ella nótese, entre otros, N. GONZÁLEZ MARTÍN, “La mediación en casos”, *cit.*, pp. 876-885; N. GONZÁLEZ MARTÍN, “International Parental Child Abduction and Mediation”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, p. 363 y ss.; HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y Guía de buenas prácticas*, 2010, pp. x y xi, y 6 y ss. (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>) o F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 143-145.

Esta Guía, la quinta elaborada por la Conferencia en relación con el Convenio, aun careciendo de carácter vinculante para los Estados parte en el texto de 1980<sup>85</sup>, cuenta con vocación de aplicación, no sólo respecto de aquellos países que son parte del Convenio de La Haya de 1980 sino, también, de los que lo son en otros Convenios de la Conferencia que promueven el acuerdo amistoso de disputas<sup>86</sup>.

**24.** La Guía se articula en torno a un concepto amplio de mediación: “la mediación” dice “puede definirse como un proceso voluntario y estructurado mediante el cual un ‘mediador’ facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto”<sup>87</sup>. Plasmándose el eventual resultado exitoso en el denominado “acuerdo de mediación”<sup>88</sup>.

La Guía resalta algunos de los principios que caracterizan a la figura. Entre otros: voluntariedad<sup>89</sup>, consentimiento informado<sup>90</sup>, neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia<sup>91</sup>, confidencialidad<sup>92</sup> o imprescindible consideración del interés y el bienestar del niño en cuestión<sup>93</sup>. Con la necesaria toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico<sup>94</sup>, y la previsión de una posible participación del menor, dependiendo de su edad y grado de madurez, en los procedimientos de restitución de La Haya y en el resto de procedimientos de derecho de familia<sup>95</sup>.

**25.** A partir de la aceptación de la premisa, no por obvia eximida de ser enfatizada, de que no todos los conflictos de familia son susceptibles de resolución de manera amigable, exigiéndose, incluso, en algunos casos la intervención de una autoridad judicial<sup>96</sup>. O del hecho de que existen otros distintos –como los que involucran situaciones de violencia de género o doméstica<sup>97</sup>- cuyo sometimiento a mediación plantea grandes dudas o, directamente, no cabe –recuérdese el tenor del artículo 48.1 del mencionado Convenio de Estambul o el artículo 87 ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>98</sup>-, la Guía apuesta por “realizar todas las gestiones adecuadas para alentar a las partes de una controversia familiar transfronteriza respecto de los niños a lograr una solución amistosa para su controversia”<sup>99</sup>.

<sup>85</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 12.

<sup>86</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 12; M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “Alcance y retos de la mediación en la sustracción internacional de menores: Países no contratantes del Convenio de La Haya de 1980”, en R. GRASA HERNÁNDEZ, A. BLANC ALTEMIR y P. DIAGO DIAGO (Dir.), *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo (iniciativa para la mediación en el Mediterráneo*, Madrid, MAEC/AEPDIRI, 2015, pp. 270-273. Un listado de los textos de la Conferencia de La Haya donde se prevé el recurso a la mediación, se encuentra en A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional”, cit., p. 138.

<sup>87</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 7. La Guía apunta, de forma gráfica, un elenco de posibles supuestos susceptibles de ser sometidos a mediación y las ventajas que se derivan de ello (*Ibid.*, p. 21, n.º 30). En contraste con la mediación, la conciliación es entendida como “un mecanismo de solución de controversias en el que un tercero imparcial asume un rol activo y directivo a fin de ayudar a las partes a encontrar una solución amistosa respecto de su controversia. La mediación puede ser proactiva, pero no directiva. A efectos de la mediación, el énfasis debe recaer en el hecho de que el propio mediador no se encuentra en condiciones de tomar una decisión en nombre de las partes, sino que sólo ayuda a las partes a encontrar su propia solución. En cambio, el conciliador puede guiar a las partes hacia una solución concreta” (*Ibid.*, p. 8).

<sup>88</sup> La Guía de Buenas Prácticas lo califica como el “resultado de la mediación, i.e., el acuerdo amistoso alcanzado por las partes durante el proceso de mediación” (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 10).

<sup>89</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 61-62.

<sup>90</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 62-63.

<sup>91</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 63.

<sup>92</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 64-66.

<sup>93</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 67.

<sup>94</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 67-68.

<sup>95</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 72-76. En este mismo sentido, P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, cit., pp. 379-381.

<sup>96</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 24-25. La Guía apuesta por desarrollar una evaluación previa de la aptitud del caso para ser resuelto a través de la mediación (*Ibid.*, p. 51 y ss).

<sup>97</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 79 y ss.

<sup>98</sup> BOE de 2.7.1985.

<sup>99</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 22.

Y ello, en cuanto se entiende que la institución presenta ventajas singulares en este ámbito, al facilitar la comunicación entre las partes en un entorno informal, y permitirles que desarrollen su propia estrategia en torno a cómo superar el conflicto<sup>100</sup>. Permitiendo facilitar al menor el ejercicio de su derecho a mantener regularmente “relaciones personales y contactos directos con ambos progenitores”<sup>101</sup>. Y facilitando, en su caso, y dependiendo de su edad y nivel de madurez, la escucha del menor<sup>102</sup>. Siempre, eso sí, sujeto a la necesaria salvaguarda de su interés superior<sup>103</sup>.

**26.** Sin embargo, la propia Guía insiste en el hecho de que el recurso a la mediación debe realizarse diseñando las necesarias “salvaguardias y garantías” con el fin de evitar que la posible participación en una mediación pueda resultar desventajosa para cualquiera de las partes<sup>104</sup>. O les prive de su derecho a acudir a los tribunales estatales, respecto de los que, se reitera, la mediación tiene una naturaleza complementaria, no sustitutiva<sup>105</sup>. Ello implicaría en última instancia, atendiendo al tenor de la Observación general n.º 12 del Comité de los derechos del niño, que, en caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, “el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida”<sup>106</sup>.

**27.** La opción en favor de la mediación, además, no debe generar demoras injustificadas en los eventuales procesos pendientes ante los tribunales<sup>107</sup>. Y en ella debe tomarse en consideración, en todo momento, el grado adicional de complejidad –especialmente, pero no sólo, jurídica<sup>108</sup>–, que incorpora un litigio –y, lógicamente, una mediación– transfronterizo en contraste con uno estrictamente interno<sup>109</sup>. Y que, entre otros extremos, afecta a su contenido<sup>110</sup>, y a la ejecutoriedad del posible acuerdo fuera de las fronteras del país en que se ha alcanzado<sup>111</sup>.

<sup>100</sup> Sobre todas estas ventajas vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 23.

<sup>101</sup> Art. 9.3. Sobre los posibles planes de parentalidad, vid. C. VALDEBENITO LARENAS, A. ROJO BURROWS y P. CAMPILLAY DÍAZ, “Mediación familiar y plan de parentalidad”, cit., pp. 5-6.

<sup>102</sup> P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, cit., pp. 377-379.

<sup>103</sup> Una exigencia latente en toda actuación que involucre o afecte al menor. Nótese en este sentido, M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Responsabilidad parental*, cit., p. 638.

<sup>104</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 24 y p. 77 y ss.

<sup>105</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 26-28. Lo que exige un desarrollo en continúa colaboración con las autoridades judiciales y administrativas (*Ibid.*, p. 32). Sobre las exigencias mínimas que deben garantizarse para asegurar un adecuado y exitoso recurso a la mediación en este ámbito, vid. P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, cit., pp. 374-375.

<sup>106</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 12*, cit., p. 17, n.º. 59.

<sup>107</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 29-32 y pp. 58-60. En este mismo sentido, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro”, cit., pp. 33-34 o P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Mediación y sustracción internacional”, cit., pp. 375-377.

<sup>108</sup> Aunque también debe tenerse en consideración el posible impacto cultural, las dificultades idiomáticas, de distancia o de extranjería, entre otros extremos, vid. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 33 y ss. y p. 60; S. ALLES, “Recensión a La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d’enfants”, *Revue des politiques sociales et familiales*, n.º. 92, 2008, p. 129 o M. CASO SEÑAL, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, n.º 8-2, 2011, p. 23; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Children deprived of parental care found in an EU Member State other than their own. A guide to enhance child protection focusing on victims of trafficking*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019, p. 57. En relación con los problemas estrictamente jurídicos susceptibles de plantearse, vid. G. PALAO MORENO, “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º. 16, 2002, pp. 258 y ss.

<sup>109</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 28, n.º. 51. Al respecto, y por todos, vid. G. PALAO MORENO, “La mediación familiar internacional”, cit., pp. 63-65 y 67-69.

<sup>110</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 85 y pp. 92-95.

<sup>111</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 32-33 y pp. 86-91. E incide en la exigencia de un grado adicional de formación de los mediadores (*Ibid.*, p. 38 y ss. y p. 68). En tal sentido, igualmente, CH. C. PAUL, “The Role of Family Mediation”, cit., p. 24 y ss. En relación con este punto, resulta interesante, en cuanto diferencia las estrategias dependiendo de la edad del menor, U. BRIANT, “Caractéristiques de la médiation dans les cas de l’enlèvement illicite d’enfants - ce que le médiateur doit savoir et le type de médiation recommandé (solutions en ligne)”, en M. CAROLL, U. BRIANT, Z. NÉMETH *et al*, *La médiation dans les cas illicites*, cit. p. 47 y ss. Igualmente, nótese M. BROSCHE y C.M. MARIOTTINI, *EUFAMS II. Facilitating*, cit., p. 23.

**28.** La Guía ha gozado de una creciente utilización. La Séptima reunión de la Comisión Especial<sup>112</sup>, desarrollada en 2017, se congratulará de este hecho, así como del “aumento del recurso a la mediación en los casos de sustracción internacional de niños” -sin aportar cifras al respecto- como forma de resolver los conflictos familiares internacionales comprendidos en los ámbitos de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y, también del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996<sup>113</sup>, 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>114</sup>.

**29.** Esta mención a la mediación como forma de resolver las controversias que afectan a los menores se va a ver profunda, y adicionalmente, reforzada en el marco de las “Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues”, organizadas por el Gobierno de Malta en colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>115</sup>.

**30.** En la primera de ellas, celebrada en marzo de 2004, ya se apostó en la Declaración final por la necesaria adopción de medidas que favorecieran el recurso a la mediación en este sector temático: “Steps should be taken to facilitate, by means of mediation, conciliation, by the establishment of a commission of good offices, or by similar means, solutions for the protection of the child which are agreed between the parents”<sup>116</sup>. Procediéndose, dos años después, en 2006, en la segunda de estas Conferencias, a dar la bienvenida al incremento en el uso de la mediación y de la conciliación en el ámbito del Derecho de familia internacional<sup>117</sup>.

**31.** La Declaración aprobada en esta segunda Conferencia tiene la virtud de incorporar algunas claves relevantes en torno a las bases en las que debería asentarse la consolidación del recurso a la mediación como vía para la resolución de las disputas surgidas en este ámbito. Así, tras señalar la necesidad de que cualquier mediación se desarrolle en una forma que tome en consideración las diferencias culturales<sup>118</sup>, destaca, en primer lugar, la conveniencia de que en todos los procesos se favorezca los acuerdos entre los progenitores, facilitando el acceso a la mediación y a otros medios de promoción del acuerdo, sin que esto suponga demoras innecesarias. Y asegurando, en todo caso, que “where efforts to achieve agreement fail, effective access to a court should be available”<sup>119</sup>. Junto a ello, en segundo lugar, se resalta la importancia de contar con procedimientos “enabling parental agreements to be judicially approved and made enforceable in the countries concerned”<sup>120</sup>.

**32.** Estas ideas, fomento de la mediación, evitación de demoras, aseguramiento de la eficacia del acuerdo alcanzado –un factor éste, esencial para la consolidación de la figura como mecanismo de resolución de estas controversias<sup>121</sup>- serán destacadas, de nuevo, tanto en la tercera Conferencia, que tuvo lugar en 2009, en la que se incidirá en las situaciones que involucran a Estados parte y no parte del

<sup>112</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10 – 17 de octubre de 2017)*, (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/b50c61b7-50a2-495c-b004-36e9000646df.pdf>).

<sup>113</sup> BOE de 2.10.2010.

<sup>114</sup> Pp. 1.3.2 y 1.3.3. Que como se recuerda correctamente, carecen de carácter “erga omnes”. Vid. al respecto, C.M. CAA-MIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro”, *cit.*, p. 29.

<sup>115</sup> En relación con este proceso, vid. L.E. TEITZ, “Malta Process and Cross-Cultural Aspects in Family Disputes”, en M. JÄNTERÄ-JAREBORG (Ed.), *The Child’s Interests in Conflict*, *cit.*, pp. 175-183.

<sup>116</sup> *The Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues. Hosted by the Government of Malta in Collaboration with The Hague Conference on Private International Law*, Declaración nº 3, p. 2 (disponible en: [https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090122194425\\_Maltajudicialconference2004.pdf](https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090122194425_Maltajudicialconference2004.pdf))

<sup>117</sup> *Second Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with The Hague Conference on Private International Law*, Declaración nº 3 (disponible en: [https://www.hcch.net/upload/maltadecl2\\_e.pdf](https://www.hcch.net/upload/maltadecl2_e.pdf)).

<sup>118</sup> Declaración nº 3.

<sup>119</sup> Declaración nº 3.

<sup>120</sup> Declaración nº 3.

<sup>121</sup> M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “Alcance y retos”, *cit.*, pp. 268-269.

Convenio de La Haya de 1980<sup>122</sup>, como en la cuarta, de 2016, en la que se hará especial mención a los Estados con ordenamientos jurídicos basados o influenciados por la Sharia<sup>123</sup>.

**33.** Precisamente, en el marco de las Conferencias de Malta se constituirá en 2009 un Grupo de Trabajo destinado a promover el desarrollo de estructuras de mediación, con objeto de ayudar a la resolución de las disputas familiares transfronterizas en relación con la custodia de, o en contacto con, menores. Incluyéndose dentro de su objeto, a los supuestos de traslado unilateral de menores a Estados no vinculados con los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996<sup>124</sup>.

**34.** El Grupo de Trabajo elaboró en 2011 unos Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta<sup>125</sup>, aplicables tanto a los supuestos en los que resultan aplicables los textos de La Haya, como a aquellos en que no lo son. Y en los que, por lo tanto, la mediación u otros mecanismos de esta naturaleza pueden llegar a constituir los únicos medios de encontrar una solución a la cuestión planteada y facilitar a los menores involucrados el mantener contacto continuado con sus progenitores<sup>126</sup>. No olvidemos, en este sentido, que un número importante de países musulmanes no forman parte del entramado convencional de la Conferencia de La Haya en materia de menores, lo que atribuye a la figura, y al resto de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, un valor adicional de prevención y de resolución de los eventuales problemas planteados<sup>127</sup>.

**35.** De hecho, y fuera del ámbito de la Conferencia de La Haya, es precisamente esta posibilidad de que existan numerosos casos en los que no se aplica el Convenio, incluso en ocasiones en que técnicamente debería serlo<sup>128</sup>, la que se encuentra en la base de la creación en el seno de la UE, en 1987, por parte del Parlamento Europeo, de la figura del Mediador/a para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores. Renombrada, desde 2018, como Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño<sup>129</sup>.

**36.** Los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación tienen como objetivo el establecimiento de puntos centrales de contacto en los distintos Estados -una idea sobre la que incidirá, igualmente, en 2012, la ya abordada Guía de Buenas Prácticas en relación con el uso de la mediación en situaciones de sustracción de menores<sup>130</sup>- dirigidos a ofrecer información, por ejemplo, sobre los servicios de mediación disponibles, o el acceso a la institución de la mediación, entre otra información relevante, en los diversos países<sup>131</sup>.

<sup>122</sup> *Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law*, Declaration n° 7 (disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/maltadecl09\\_e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/maltadecl09_e.pdf)).

<sup>123</sup> *Fourth Malta Conference ("Malta IV") on Cross-Frontier Child Protection and Family Law Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law (HCCH) "The Malta Process"*, Declaration n° 12 (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/91ab60a5-1ebe-46ca-91ce-72e6e55c0ae7.pdf>).

<sup>124</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Working party on mediation in the context of the Malta process explanatory memorandum on the principles for the establishment of mediation structures in the context of the Malta process drawn up by the Working Party with the assistance of the Permanent Bureau*, p. 2 (disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/wop/mediationmemo\\_e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/mediationmemo_e.pdf)).

<sup>125</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Los "Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta" y el memorándum explicativo redactado por la oficina permanente (traducción no revisada)* (disponible en: <https://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd06s.pdf>).

<sup>126</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Working party on mediation*, cit., p. 3; P. OREJUDO DE LOS MOZOS, "Mediación y sustracción internacional", cit., p. 373.

<sup>127</sup> Vid. al respecto, por todos, M.C. CHÉLIZ INGLÉS, "Alcance y retos", cit., pp. 263-265.

<sup>128</sup> E. GEBHARDT, *Informe intermedio. Mediadora del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores*, Bruselas, 1.3.2007, p. 1.

<sup>129</sup> <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights>

<sup>130</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 43-44.

<sup>131</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Working party on mediation*, cit., p. 3.

37. Especialmente, los Principios inciden en distintos aspectos considerados relevantes con vistas a asegurar el éxito de la mediación en este tipo de supuestos. Se hace hincapié así, en el acuerdo alcanzado en el marco de la mediación, respecto del que se destaca que –“debe ser compatible con los sistemas jurídicos pertinentes”, en consonancia con los que, previsiblemente, se desarrollará la mediación-, y que “deberían ser lo más concretos posible y tener en cuenta los aspectos prácticos pertinentes”<sup>132</sup>. Destacándose, igualmente, la necesidad de asegurar su eficacia –“Antes de procederse a la implementación del acuerdo, el acuerdo debería tornarse ejecutable o vinculante en las jurisdicciones pertinentes”, “Cuando sea necesario, los países podrán analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos de mediación”-<sup>133</sup>.

### 3. La situación española

38. España no ha sido ajena a esta tendencia de fomentar el recurso a la mediación y a otros mecanismos de resolución de los conflictos surgidos en el ámbito del Derecho de familia, especialmente, los referentes al traslado ilícito de menores, tanto en su exigua práctica convencional bilateral, como en el plano estrictamente interno.

39. En el primer nivel, 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, de 30 de mayo de 1997<sup>134</sup> constituye un ejemplo aislado, en cuyo artículo 4.2.c) se prevé que una de las medidas que debe adoptar, o hacer adoptar, las autoridades centrales, bien de forma directa o indirecta, es precisamente la de “Facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita”<sup>135</sup>.

40. Por su parte, en el plano estrictamente interno, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015<sup>136</sup> añadió en el Título I del Libro IV de la LEC<sup>137</sup>, un Capítulo IV bis rubricado “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” compuesto de tres artículos -778 quáter, quinquies y sexies-<sup>138</sup>.

41. El numeral 12 del artículo 778 quinquies recoge la posibilidad de que, en cualquier momento del proceso de restitución, ambas partes soliciten su suspensión de conformidad con el artículo 19.4 LEC, con objeto de someter la cuestión a mediación<sup>139</sup>. Esta opción de remitir la disputa a mediación queda también abierta al juez, quien, en todo momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá proponerla “si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso”, procediéndose a la suspensión de las actuaciones por un plazo limitado previsto en el propio Capítulo<sup>140</sup>.

<sup>132</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Los “Principios para el establecimiento, cit., Annex 1.B.3.*

<sup>133</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Los “Principios para el establecimiento, cit., Annex 1.C.*

<sup>134</sup> BOE de 24.6.1997.

<sup>135</sup> Sobre las funciones de las autoridades centrales, vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, FIS-C-2015-00006, de 17.11.2015, pp. 53-55 (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2015-00006>).

<sup>136</sup> BOE de 3.7.2015.

<sup>137</sup> BOE de 8.1.2000.

<sup>138</sup> Sobre la reforma vid, por todos, R. ESPINOSA CALABUIG, “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *REDI*, vol. 68/2, julio-diciembre 2016, especialmente, p. 354.

<sup>139</sup> Al respecto, M.L. SOTO RODRÍGUEZ, “La mediación en la sustracción”, *cit.*, p. 156; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 6/2015, cit.*, p. 82.

<sup>140</sup> Llamativamente, el art. 778.7 quáter invita al juez, con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y éste así lo considerase necesario, a recurrir al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace. Nótese, P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Competencia judicial internacional”, *cit.*, p. 198.

42. El precepto insiste en la necesidad de que la duración de la mediación sea “lo más breve posible”, y con el “mínimo número de sesiones”. Añadiendo que, en todo caso, se procederá a reanudar el procedimiento judicial “si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño”.

### III. El fomento de la mediación en, y por, la Unión Europea

43. La Unión Europea (UE) no ha sido ajena a esta tendencia global en favor del fomento de la mediación como mecanismo idóneo para la resolución de disputas, también de las surgidas en el ámbito familiar y, en concreto, las relativas a la sustracción ilícita de menores. De hecho, con todos los matices, y demoras, en comparación con lo ocurrido en los países anglosajones<sup>141</sup>, la UE encuentra hoy en la promoción del instituto de la mediación uno de sus signos distintivos en el ámbito de la integración jurídica<sup>142</sup>.

44. En sincronía con todo ello, el artículo 81 TFUE atribuye un relevante papel a los MASC en el seno del espacio jurídico europeo. Así, y tal como afirma el numeral 1 del precepto, la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales “y extrajudiciales”. Pudiendo incluir esta cooperación la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Lo que se traduce, “en particular”, cuando ello resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, y tal y como precisa el numeral 2 del artículo 81, en la adopción de medidas que garanticen, entre otros, “a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; ...” o “g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios”.

45. Si bien el punto trigésimo de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, apuntaba ya, de forma global, de la necesidad, con vistas a lograr un “mejor acceso a la justicia en Europa”, de que “Los Estados miembros deberían instaurar... procedimientos extrajudiciales alternativos”<sup>143</sup>. La acción de la UE en el ámbito de los MASC se ha focalizado, significativamente, en la mediación, dejando de lado por motivos diversos al arbitraje<sup>144</sup>.

46. En relación con aquella, la publicación del Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 2002<sup>145</sup> constituyó la base sobre la que se asentará la posterior promulgación de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>146</sup>. Un texto que articula un conjunto de principios mínimos en

<sup>141</sup> En relación con ello, nótese, S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 32 y ss.; S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (Solución jurisdiccional de conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 17 y ss.

<sup>142</sup> Vid. en este sentido G. PALAO MORENO, “La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado”, en J.L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR y P. CALDERÓN CUADRADO (Coords.), *El Derecho Procesal del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1337-1338. Quien resalta el anclaje de esta actitud en el decidido apoyo que el Consejo de Europa prestó en su momento a la mediación (*Ibid.*, p. 1342).

<sup>143</sup> [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm). Nótese al respecto, A. YBARRA BORES, “Mediación familiar internacional y Unión Europea: últimos avances”, en M. DI FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT *et al* (Coords.), *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 223-225.

<sup>144</sup> Nótese, C. ESPLUGUES, “International Commercial Arbitration in the EU and the PRC: A tale of Two Continents or 28 + 3 Legal Systems”, en J. BASEDOW y K.B. PISSLER (Eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, pp. 409-413. En relación con la interacción del marco normativo internacional y europeo, considérese, P. QUINZÁ REDONDO, “El arbitraje comercial internacional y los instrumentos de Bruselas: (re)pensando sobre su compleja relación”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje*, *cit.*, pp. 409-414.

<sup>145</sup> COM (2002) 196 final. Vid. R. ADAMO, A. FROSINA y G. TRIOLO, “Civil Justice in matrimonial matters”, *cit.*, pp. 165-168.

<sup>146</sup> DO L 136, de 24.5.2008.

relación con ciertos aspectos, no todos, de la mediación transfronteriza en materia civil y mercantil en Europa<sup>147</sup>.

47. Adicionalmente, en el marco de esta situación de apoyo al uso de la mediación como forma de resolución de las disputas civiles y comerciales en Europa, se han promulgado por la Unión Europea diversos instrumentos que, si bien no aparecen directamente referidos a la institución, sí la prevén, amparan y fomentan, a través, habitualmente de una mención global a los MASC<sup>148</sup>. Instrumentos europeos dirigidos, esencialmente, al sector del consumo<sup>149</sup>, al de las telecomunicaciones<sup>150</sup>, al comercio electrónico<sup>151</sup> y las comunicaciones electrónicas<sup>152</sup>, a las marcas europeas<sup>153</sup>.

O, también, como no podía ser de otra forma, al Derecho de Familia. Una temática de especial complejidad y dinamismo en el momento actual<sup>154</sup> que, a la vez, se presenta como el sector donde de forma más activa se reconoce la potencialidad e importancia del uso de la mediación<sup>155</sup> y en el que nos

<sup>147</sup> Vid., C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC”, en C. ESPLUGUES (Ed.), *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross Border Mediation* Cambridge, intersentia, 2014, pp. 488-517.

<sup>148</sup> Al respecto, vid. G. PALAO MORENO, “La mediación y su codificación en Europa”, *cit.*, pp. 1344-1345.

<sup>149</sup> Nótese la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.5.2013, 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 (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), DO L 165, de 18.6.2013. O el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.5.2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, DO L 165, de 18.6.2013.

<sup>150</sup> Nótese la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11.12.2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), DO L 321 de 17.12.2018, cuyo art. 26.2 afirma que reconoce a los Estados miembros capacidad para disponer que la autoridad nacional de reglamentación “decida no resolver un litigio cuando existan otros mecanismos, como la mediación” que puedan contribuir mejor a resolver el litigio de manera oportuna y conforme a los objetivos enunciados en el art. 3 de la propia Directiva, informando la autoridad nacional de reglamentario de ello a las partes sin demora.

<sup>151</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8.6.2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178, de 17.7.2000, cuyo art. 17, intitulado “Solución extrajudicial de litigios” recoge en su apartado 1, la obligación que acompaña a los Estados miembros de velar porque en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. En tal sentido, y de acuerdo con su apartado 2, los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas incitándoles, también, de acuerdo con su apartado 3, a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico.

<sup>152</sup> Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.12.2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), DO L 321, de 17.12.2018, cuyo art. 25, rubricado “Resolución extrajudicial de litigios”, compele -en su apartado 1- a los Estados miembros a velar porque las autoridades nacionales de reglamentación u otra autoridad competente responsable de la aplicación de los arts. 102 a 107 y 115 de la Directiva, o al menos un “organismo independiente con probada experiencia en este ámbito”, aparezcan en una lista de entidades alternativas para la resolución de conflictos de conformidad con el mandato del art. 20.2 de la Directiva 2013/11/UE con el fin de resolver los litigios entre proveedores y consumidores que se deriven de la presente Directiva 2018/1972 y relativos a la ejecución de contratos. Permitiéndose a los Estados miembros extender el acceso a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos proporcionados por dicha autoridad u organismo a los usuarios finales que no sean consumidores, en particular microempresas y pequeñas empresas. En aquellas ocasiones en que tales litigios afecten a partes de diferentes Estados miembros, los Estados miembros quedan obligados, al amparo del apartado 2 del precepto, a coordinar sus esfuerzos “en aras de una resolución del litigio”. A su vez, el art. 26.2 precisa que “Los Estados miembros podrán disponer que la autoridad nacional de reglamentación decida no resolver un litigio cuando existan otros mecanismos, como la mediación, que puedan contribuir mejor a resolver el litigio de manera oportuna y conforme a los objetivos enunciados en el artículo 3.”

<sup>153</sup> Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14.6.2017, sobre la marca europea, DO L 154, de 16.6.2017, arts. 151.4 y 170 (y Considerando 35). Nótese al respecto, <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/es/mediation>.

<sup>154</sup> Al respecto, y por todos, vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 19-37.

<sup>155</sup> Vid. C. ESPLUGUES y J.L. IGLESIAS, “Mediation and Private International Law: Improving Free Circulation of Mediation Agreements Across the EU”, en *The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2015. Compilation of In-depth Analysis* (European Parliament – Directorate-General for Internal Policies), Brussels, 2016, pp. 73 y 80; COMISIÓN EUROPEA,

vamos a focalizar. Si bien atendiendo el ámbito material de la Directiva –se excluyen aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente de acuerdo con su artículo 1.2- se apoya por algunos que “it does not apply, in principle, to matters of parental responsibility”<sup>156</sup>. Lo cierto es que el significado de disponibilidad varía de país a país en la UE<sup>157</sup>, con un impacto directo en la mediación transfronteriza, y el propio Consejo de la Unión, en 2010, procede a invitar a los “Member States to consider the particular issue of child abduction during the transposition and /or the implementation of the Directive 2008/52/CE of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of the mediation in civil and commercial matters”<sup>158</sup>.

48. En este sentido, el propio Parlamento Europeo, que, como hemos señalado, ya en 1987 había creado la figura del “mediador del Parlamento Europeo para Casos de Sustracción Internacional de Menores”<sup>159</sup>, abogará en su ya apuntada Resolución de 12 de septiembre de 2017 por utilizar todas las herramientas disponible para “aumentar la tasa de utilización de la mediación familiar en contextos transfronterizos, en particular en caso de sustracción de menores”<sup>160</sup>. Máxime si se toma en consideración la especial complejidad que estas situaciones presentan en cuanto a su contenido y resolución. A lo que se añade, en muchas ocasiones, la falta de especialización de los operadores jurídicos que conocen de estas cuestiones<sup>161</sup>.

## 1. La Directiva 2008/52/CE como clave de bóveda del modelo europeo de mediación en materia civil y mercantil

49. La Directiva 2008/52/CE ha tenido la virtud de servir para colocar a la institución en la agenda legislativa europea, y, también, en la de muchos Estados miembros. Favoreciendo, igualmente, la exploración de su uso en una pluralidad de sectores novedosos dentro y fuera del ámbito estricto de la materia civil y mercantil<sup>162</sup>: desde discriminación por razón de género<sup>163</sup>, al comercio internacional<sup>164</sup> o la licitación pública<sup>165</sup>, entre otros. Sin embargo, lo cierto es que no ha generado una respuesta normativa unitaria en relación con la figura, en el seno de la Unión. La transposición de la Directiva sobre media-

---

*Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Bruselas, 26.8.2016, COM(2016) 542 final, pp. 2 y 5. Igualmente, CH. C. PAUL, “The Role of Family Mediation”, *cit.*, pp. 18-19. Un análisis global de la situación existente en Europa en esta materia se encuentra en, M. INFANTINO, “Family Mediation. A Comparative Survey”, en A. MIRANDA (Ed.), *Mediation in Europe*, *cit.*, p. 189 y ss. En relación con el recurso a la mediación familiar en Europa, nótese, igualmente, M. MARTIN CASALS, “Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.2, 2005, p. 3 y ss.

<sup>156</sup> L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 55: Cooperation on Cases Specific to Parental Responsibility”, en U. MAGNUS y P. MAKOWSKI (Eds.), *Brussels II bis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, p. 418.

<sup>157</sup> De hecho, la desacorde transposición en los diversos Estados de la Unión ha conducido a una interpretación diversa de su ámbito material. Vid., al respecto, C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, *cit.*, pp. 739-740.

<sup>158</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Conclusions of the ministerial*, *cit.*, p. 6.

<sup>159</sup> Vid. nº 35. En relación con su funcionamiento vid., PARLAMENTO EUROPEO, *Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores. Vademécum*, Estrasburgo, Parlamento Europeo (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator\\_children/Child\\_abduction\\_handbook\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_es.pdf)).

<sup>160</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, *cit.*, Conclusión principal (8).

<sup>161</sup> Al respecto, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La mediación en los conflictos familiares internacionales”, en E. LAUROBA LACASA, I. BARRALS VIÑALS e I. VIOLA DEMESTRE (Coords.), *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Cataluña, 2011, p. 228.

<sup>162</sup> Nótese, EUROPEAN COMMISSION: *The 2020 EU Justice Scoreboard, Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2020, p. 28.

<sup>163</sup> FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, Viena, FRA, 2010, pp. 45-46.

<sup>164</sup> Vid., por ejemplo, el art. 8.20 –“Mediación”- del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, DO L 11, de 14.1.2017.

<sup>165</sup> “Siempre se deberán contemplar las soluciones de mediación” (COMISIÓN EUROPEA, *Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2015, p. 36).

ción, como el mismo Parlamento Europeo ha reconocido<sup>166</sup>, ha sido altamente desigual en los distintos Estados miembros de la UE, generando respuestas muy variadas en ellos, y favoreciendo la subsistencia de notables diferencias entre sus legislaciones<sup>167</sup>.

### A) Una transposición con claroscuros

**50.** Los resultados obtenidos tras la transposición son ambivalentes, y no parece que se haya logrado una generalización del recurso a la mediación en el ámbito de los litigios civiles y comerciales, en los que su utilización sigue resultando marcadamente marginal en la Unión; especialmente en relación con las disputas comerciales transfronterizas<sup>168</sup>. Se admite que, efectivamente, la Directiva “ha aportado valor añadido a la UE”<sup>169</sup>. Sin embargo, aun siendo “extremadamente importante en lo relativo a la creación y el recurso al procedimiento de mediación en la Unión” se constata, como apunta el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, que “su aplicación ha variado considerablemente en función del Estado miembro, dependiendo en la existencia anterior o no de sistemas nacionales de mediación”<sup>170</sup>. Lo que se traduce, en última instancia, en la persistencia de dificultades en el funcionamiento práctico de los sistemas nacionales de mediación. En muchos casos vinculados al desconocimiento de la institución, y a la ausencia de una “cultura” de mediación en los Estados de la Unión, que se ven acentuados al tratar casos transfronterizos<sup>171</sup>. O, en última instancia, relacionados con la diversidad de culturas jurídicas de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales<sup>172</sup>.

**51.** Debido a la propia naturaleza confidencial que acompaña a la figura<sup>173</sup>, no existen datos estadísticos completos y fiables en la materia; ni sobre las mediaciones realizadas ni, tampoco, sobre su duración o los porcentajes de éxito<sup>174</sup>. En todo caso, a comienzos de la década pasada, se hablaba de una horquilla de entre el 0,5% y el 2% de disputas comerciales sometidas a mediación. Cifra que se veía reducida hasta un exiguo 0,05% en el caso de los litigios transfronterizos. Además, la trascendencia de estas negativas cifras se veía gravemente agudizada al afirmarse que cerca de un 25% del total de disputas comerciales surgidas en Europa quedaban huérfanas de solución ante el rechazo de los afectados a litigar<sup>175</sup>.

**52.** En definitiva, se confirma lo que gráficamente se ha denominado como la “paradoja” de la actual situación de la mediación en Europa: “as there are great success rates (documented high success rate percentages) coming from disputants who engaged in mediation in specific cases, but these suc-

<sup>166</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, cit., Considerando A.

<sup>167</sup> Vid. C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, cit., pp. 519-527. Considérese, igualmente, EUROPEAN COMMISSION, *Study for an Evaluation and Implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’ Final Report*, Brussels, Directorate-General Justice and Consumers, Directorate A – Civil Justice, Unit A1 – Civil Justice Policy, 2016, pp. 30-45.

<sup>168</sup> Nótese, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 105 y ss.

<sup>169</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión Europea*, cit., p. 3.

<sup>170</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, cit., p. 3, letra A.

<sup>171</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión Europea*, cit., p. 4.

<sup>172</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, cit., Considerando C.

<sup>173</sup> Y que, recordemos, reconoce de forma explícita el art. 7 (y el Considerando 23) de la Directiva 2008/52/CE.

<sup>174</sup> Este es, precisamente, uno de los principales lamentos que formula el Parlamento Europeo en su Resolución de 12.9.2017 (cit., Conclusiones principales, 6), apuntando que “sin una base de datos fiable, resulta muy difícil seguir fomentando la mediación y aumentar la confianza de la opinión pública en su eficacia” (*Ibid.*). Lo que le llevaba a pedir a la Comisión que como a facilitar datos estadísticos relevantes exhaustivos (Recomendaciones, 15). Con respecto a los porcentajes de éxito, vid. algunas cifras en EUROPEAN COMMISSION, *Study for an Evaluation*, cit., p. 69.

<sup>175</sup> V. TILMAN, *Lessons Learnt from the Implementation of the EU Mediation Directive: The Business Perspective*, Brussels, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, 2011, p. 4 (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19584/20110518ATT19584EN.pdf>).

cesses are extremely limited in number. The paradox is that while the use of mediation yields highly successful results, it (mediation) is rarely used in a systematic way by disputants and lawyers<sup>176</sup>.

**53.** La Directiva y su transposición no parece haber acelerado el necesario “cambio de mentalidad en lo jurídico, mediante la adopción de una cultura de la mediación y la resolución amistosa de conflictos”<sup>177</sup> en la sociedad europea. Dando génesis a un proceso que permita alcanzar esa “relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial” a la que refiere el artículo 1.1 del texto de 2008, atendido el hecho de que, en la mayoría de los Estados miembros, “la mediación se utiliza en menos del 1% de los casos llevados ante los tribunales”<sup>178</sup>. Lo que demuestra, en suma, que “is far from being solidly established in Europe”<sup>179</sup>.

**54.** Estos números, lamentablemente, no son mucho mejores en España, donde la ausencia de datos estadísticos sobre las eventuales mediaciones extraprocerales se acompañan de unas cifras claramente marginales en el supuesto de las mediaciones intraprocerales. Ciertamente, el propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha fomentado desde antiguo el recurso a la figura<sup>180</sup>. Una posición que queda reflejada, recientemente y entre otras medidas, en la elaboración, en enero de 2020, de las “Diez acciones imprescindibles para una justicia justa”<sup>181</sup>. O en la aprobación por el pleno del CGPJ, el 16 de junio de 2020, del “Plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma”<sup>182</sup> que incorpora, dentro de los “Principios generales de las propuestas de reforma normativa”, el objetivo de lograr la necesaria mitigación del exceso de litigiosidad, mediante, entre otros mecanismos, “El fomento de la mediación intrajudicial” y “La potenciación de los mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos”<sup>183</sup>. Una meta que, añade, requerirá, entre otros pasos, favorecer la “mayor implicación posible” en este ámbito de todos aquellos operadores jurídicos e intervinientes en los procesos que puedan coadyuvar, junto con los jueces y magistrados, al fomento de la mediación y la búsqueda de acuerdos<sup>184</sup>.

**55.** Sin embargo, lo cierto es que el uso de la mediación como forma de resolver las disputas civiles y comerciales en nuestro país sigue siendo extremadamente limitado. Se celebra por parte del CGPJ, por ejemplo, el incremento de los órganos jurisdiccionales que derivan a mediación (más de 700, de los que 253 derivan a mediación familiar, 250 a mediación penal, 111 a mediación civil, más las experiencias en lo contencioso y en lo social), y el mayor compromiso de la carrera judicial con la ins-

<sup>176</sup> G. DE PALO, A. FEASLEY y F. ORECCHINI, *Quantifying the cost*, cit., p. 10.

<sup>177</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, cit., Considerando C.

<sup>178</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, cit., Considerando F.

<sup>179</sup> G. DE PALO, A. FEASLEY y F. ORECCHINI, *Quantifying the cost*, cit., p. 9.

<sup>180</sup> *Vid.* <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>. Nótese, a su vez, CGPJ, *Comunicado del CGPJ en el Día Europeo de la Mediación. El órgano de gobierno de los jueces reitera su compromiso para seguir impulsando la mediación como medio alternativo de resolución de controversias*, de 21.1.2021 (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Comunicado-del-CGPJ-en-el-Dia-Europeo-de-la-Mediacion>) y A. GARCÍA HERRERA, “Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, *InDret*, 2016-2, pp. 9-10.

<sup>181</sup> En el que se habla, entre otros extremos, del fomento de la mediación de resolución de conflictos, implantando la mediación intrajudicial “como derecho del Ciudadano a optar por el mecanismo más adecuado a la Solución de su Conflicto” favoreciendo la difusión, conocimiento y educación “en mediación” de “todos los implicados en la resolución de conflictos y a la ciudadanía porque la mediación mejora la experiencia de justicia” (p. 2) (Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/MEDIACION/C3%93N/FICHERO/20200122%20Diez%20acciones%20imprescindibles%20para%20una%20justicia%20justa.pdf>).

<sup>182</sup> Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/Plan%20de%20choque%20aprobado%20por%20el%20Pleno%20del%20CGPJ%20el%2016%20de%20junio%20de%202020.pdf>. Nótese, igualmente, el *Anexo fichas medidas plan de choque del CGPJ*, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/Anexo%20fichas%20medidas%20plan%20de%20choque%20del%20CGPJ.pdf>.

<sup>183</sup> CGPJ, “Plan de choque”, cit., p. 3.

<sup>184</sup> “muy especialmente” se dice, “la Abogacía, pero también los fiscales, letrados de la administración de justicia, notarios, registradores, equipos psicosociales de los juzgados, oficinas de atención a las víctimas, policía judicial...”, CGPJ, “Plan de choque”, cit., p. 9.

titución<sup>185</sup>. Pero lo anterior contrasta con unas cifras de uso extraordinariamente reducidas. Las estadísticas del propio CGPJ hablan de 2348147 nuevos asuntos civiles y mercantiles ingresados en 2019, con 2245773 resueltos, y 1564183 en trámite al final del año<sup>186</sup>. Y, en claro contraste con estas magnitudes, de tan sólo 4769 casos derivados a mediación familiar, con 553 finalizados con avenencia y 2688 sin ella. Así como de 1073 casos civiles referidos a mediación, con 143 finalizados con avenencia y 545 sin avenencia<sup>187</sup>. Lo que supone, un total de 5842 derivados (un insignificante 0.026% del global de asuntos resueltos) y 696 casos finalizados con avenencia. Unas magnitudes que, como se observan, no pueden resultar más desoladoras, y que reflejan en toda su crudeza la condición marginal de la mediación, y su naturaleza presente de “tema de futuro”, de mera “promesa”<sup>188</sup>.

## B) La limitada circulación en el seno de la UE de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación

**56.** La limitada extensión del ámbito material de la Directiva y su falta de audacia en ciertos puntos ha tenido un impacto directo en algunos extremos muy sensibles para la consolidación de la figura como alternativa, o complemento, real a los tribunales estatales en el territorio de la Unión Europea. La cuestión de la posible circulación de los eventuales acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación en un Estado miembro en el territorio de la Unión es, sin lugar a dudas, uno de ellos<sup>189</sup>.

**57.** La Directiva incorpora un artículo 6, rubricado “Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación”, en cuyo apartado 1 se establece que los “Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación”. Sin embargo, el propio precepto reconoce la realidad de la situación existente en Europa, en la que de forma prácticamente unánime, y a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes –especialmente Iberoamérica- donde gozan generalizadamente de efectos ejecutivos, atribuyéndoseles incluso la condición de cosa juzgada<sup>190</sup>, los acuerdos concluidos en el marco de una mediación, cuentan mayoritariamente con una naturaleza puramente contractual<sup>191</sup>. Lo que supone que requerirán de una previa homologación por parte de ciertas autoridades públicas –judiciales y no judiciales- para adquirir fuerza ejecutiva<sup>192</sup>.

**58.** En tal sentido, el propio artículo 6.2 no duda en añadir que el “contenido del acuerdo” podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de “sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente”, de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se formule la solicitud. Destacándose en el apartado 1 del artículo, que el contenido del eventual acuerdo concluido por las partes en el marco de la mediación “se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que

<sup>185</sup> CGPJ, *Comunicado del CGPJ*, cit.

<sup>186</sup> CGPJ, *La Justicia dato a dato. Año 2019. Estadística judicial*, Madrid, CGPJ, 2019, p. 36.

<sup>187</sup> CGPJ, *Mediación intrajudicial – Años 2009-2019* (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/14003%20Mediacion%20Intrajudicial/Mediacion%20C3%B3n%20Mediacion%20intrajudicial.xls>).

<sup>188</sup> U. RONDÓN, “Introducción”, en *Estado de la mediación en España, Abril 2018* (Universidad de Murcia y Federación Nacional de Asociaciones de Profesionales de la Mediación, Eds.), Murcia, 2018, p. 3 (disponible en <https://docplayer.es/83848070-Estado-de-la-mediacion-en-espana-abril-2018-elaborado-por.html>).

<sup>189</sup> C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, cit., p. 761 y ss. Una cuestión que, significativamente, se reproduce en otros ámbitos geográficos, nótese en este sentido, C. ESPLUGUES, “General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives”, en C. ESPLUGUES y L. MARQUIS (Eds.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation*, Heidelberg, Springer, 2015, p. 80.

<sup>190</sup> Nótese C. ESPLUGUES MOTA, *Mediación civil y comercial*, cit., pp. 326-336.

<sup>191</sup> Considérese en este sentido, K.J. HOPT y F. STEFFEK, “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues”, en K.J. HOPT y F. STEFFEK (eds.), *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 2013, p. 46.

<sup>192</sup> Un análisis comparado de la situación existente en Europa se encuentra en, C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, cit., pp. 717-727.

se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”.

**59.** La homologación del acuerdo por parte de una autoridad pública, generalmente un juez o un notario, implica contar, como avanza el ya mencionado apartado 2 del artículo 6 de la Directiva, con una resolución judicial homologando el acuerdo o un documento público que lo recoja<sup>193</sup> que, en consonancia con el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva, circularán en la Unión atendiendo a lo dispuesto en los distintos instrumentos europeos en materia de reconocimiento y ejecución<sup>194</sup>.

**60.** Ello se traduce, en suma, como admiten los propios Considerandos 20 y 21 de la Directiva, en que los eventuales acuerdos alcanzados en el seno de un procedimiento de mediación en algún Estado de la Unión circularán en el territorio de ésta –“debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros”<sup>195</sup> dice-, cuando “hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro”<sup>196</sup> de conformidad con la legislación europea –siempre que se incardinan en el ámbito material de alguno de los instrumentos europeos de DIPr susceptibles de ser aplicables en este ámbito<sup>197</sup>- o de acuerdo con la legislación nacional aplicable. En este sentido, por ejemplo, y como excepción a la regla general europea, la normativa portuguesa reconoce efectos directos en el país a “o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas a) e d) do n.º 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva”<sup>198</sup>.

**61.** Si bien, como reconoce el propio Considerando 20 de la Directiva, el elenco de textos europeos es muy amplio, la respuesta ofrecida no resulta plenamente satisfactoria en lo relativo a sus resultados, previsibilidad y costes. Una posición constatada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017<sup>199</sup>, que considera que esta exigencia de homologación origina costes adicionales, es lenta para las partes del acuerdo y, puede “afectar negativamente a la circulación de acuerdos de mediación extranjeros, especialmente en el caso de litigios menores”<sup>200</sup>. Y que ha llevado a la propia Unión a plantearse reformar la Directiva, al menos su artículo 6, con vistas a fomentar la circulación de estos acuerdos en el seno de la UE<sup>201</sup>.

#### **IV. Los Reglamentos Bruselas II bis y ter y el recurso a la mediación y otras formas de resolución amistosa de litigios**

**62.** En este entorno de cierta decepción con los resultados de la transposición de la Directiva 2008/52/CE, la evaluación del impacto de su puesta en práctica ha mostrado al Derecho de familia como aquel ámbito en el que, en el actual momento de futuro en construcción para la mediación que se vive en la UE, la institución refleja un nivel de conocimiento, potencialidad y presencia más amplio; superior, en todo caso, al existente en otros muchos sectores civiles y mercantiles en los distintos países de la Unión<sup>202</sup>. Con una especial potencialidad, como seguidamente veremos, en relación con la responsabilidad parental y la sustracción de menores<sup>203</sup>.

<sup>193</sup> Art. 6.2 Directiva 2008/52/CE.

<sup>194</sup> Vid. C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, *cit.*, pp. 730-735.

<sup>195</sup> Considerando 20 Directiva 2008/52/CE.

<sup>196</sup> Considerando 20 Directiva 2008/52/CE.

<sup>197</sup> Vid. C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, *cit.*, pp. 763-766.

<sup>198</sup> Art. 9.4, Lei n.º 29/2013 de 19 de abril. Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, DRE n.º 77/2013, Série I de 19.4.2013. Nótese al respecto, C. ESPLUGUES, “General Report”, *cit.*, pp. 78-80.

<sup>199</sup> *Cit.*, nota 30 *supra*.

<sup>200</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, *cit.*, Conclusión principal (10).

<sup>201</sup> Vid. C. ESPLUGUES y J.L. IGLESIAS, “Mediation and Private International Law”, *cit.*, p. 79 y ss.

<sup>202</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study for an Evaluation*, *cit.*, pp. 66 y 77; J. TYMOWSKI, *The Mediation Directive. European Implementation Assessment*, Brussels, European Parliamentary Research Service, PE 593.789, December 2016, pp. 11, 14, 17 ó 23.

<sup>203</sup> J. TYMOWSKI, *The Mediation Directive*, *cit.*, p. 11.

63. El recurso a la mediación, y a otros mecanismos de resolución alternativa de litigios, como vía de resolución de las controversias surgidas en el ámbito familiar se hace patente, de manera y con grados diversos, en algunos de los Reglamentos existentes en este ámbito temático<sup>204</sup>. Así, el 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<sup>205</sup> apunta en su artículo 51.2 que las autoridades centrales tomarán las medidas que estimen apropiadas en relación con el cobro de alimentos al amparo del artículo 56 del mencionado texto reglamentario. Resaltando, entre ellas la de “d) promover las soluciones amistosas a fin de obtener el pago voluntario de los alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos”.

64. Sin embargo, es en los Reglamentos Bruselas II bis y, ahora, en el Bruselas II ter, donde el legislador europeo ha manifestado con mayor nitidez su apuesta por el fomento de los mecanismos de resolución alternativa, o complementaria, de litigios para resolver unas disputas de carácter familiar –las relativas a la responsabilidad parental y a la sustracción de menores- que, por su propia naturaleza, y la especial sensibilidad –y grado diverso de disponibilidad- de los intereses involucrados, resultan especialmente complejas y sensibles.

## 1. El Reglamento Bruselas II bis

65. Así, en línea con lo que prevé el Reglamento en materia de alimentos, también el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000<sup>206</sup> -el denominado Reglamento Bruselas II bis- recoge la posibilidad de cooperación de las autoridades centrales con vistas a explorar vías alternativas a los tribunales estatales en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental y la sustracción de menores<sup>207</sup>.

66. En este sentido, el Reglamento, en su artículo 55, menciona que, a petición de una autoridad central de otro Estado miembro, o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos, con el fin de cumplir los objetivos del texto reglamentario. Y, a tal efecto, adoptarán, ya sea de forma directa o a través de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, con vistas a, entre otros objetivos, “e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”<sup>208</sup> buscando facilitar el mencionado logro de los objetivos del Reglamento<sup>209</sup>.

<sup>204</sup> Esta referencia se echa a faltar en los Reglamentos (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24.6.2016, 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, DO L 183, de 8.7.2016, en el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24.6.2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183, de 8.7.2016 o, aunque no se trata estrictamente de materia familiar, en el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4.7.2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201, de 27.7.2012.

<sup>205</sup> DO L 7, de 10.1.2009.

<sup>206</sup> DO L 338, de 23.12.2003.

<sup>207</sup> Al respecto, vid. TH. KRUGER, “Enhancing Cross-Border Cooperation”, *cit.*, p. 37 y ss. Igualmente, F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 147-148.

<sup>208</sup> Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional”, *cit.*, p. 137.

<sup>209</sup> M. ŽUPAN, “Chapter 10 Cooperation of Central Authorities”, en C. HONORATI (Ed.), *Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and abduction proceedings. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National*

67. En línea con ello, y apuntando, a la vez, la conveniencia de que el recurso a la institución de la mediación -o a cualquier otro “medio” distinto de ésta que facilite la obtención de un acuerdo- no se realice con el objeto de retrasar indebidamente la restitución del menor, se resalta que, específicamente la mediación, se ha demostrado como un instrumento relevante y eficaz en relación con la sustracción de menores. Con vistas, por ejemplo, a lograr que el menor pueda continuar viendo a sus progenitores, incluido quien realizó la sustracción, después de su restitución al país de origen<sup>210</sup>.

68. Si bien el artículo 2.4 del Reglamento Bruselas II bis nada dice al respecto. El Considerando 22 del propio texto reglamentario, al definir la noción de “resolución judicial”<sup>211</sup> a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento, afirma que tanto los documentos públicos como “los acuerdos entre las partes que sean ejecutivos en un Estado miembro deben asimilarse a ‘resoluciones judiciales’”. Acuerdos que, recordemos, pueden haberse alcanzado en el marco de una mediación o “por otros medios”, tal como reconoce el apuntado artículo 55.e).

69. En línea con ello, el artículo 46 del Reglamento Bruselas II bis procede a reiterar que los “documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales”.

70. El problema de fondo del modelo diseñado en el Reglamento Bruselas II bis respecto de los “acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen” estriba en el hecho mismo de la naturaleza atribuido a este tipo de acuerdos alcanzados por las partes en el marco de una mediación, o fuera de ella.

71. En relación en concreto con los acuerdos obtenidos en el seno de una mediación en Europa, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos -ya se ha avanzado- les atribuyen una condición estrictamente contractual, careciendo de fuerza ejecutiva per se<sup>212</sup>. Y, con muy escasas excepciones, se exige siempre su previa homologación por una autoridad pública, bien judicial o extrajudicial, para poder contar con tal naturaleza y efectos. Lo que conlleva su elevación a escritura pública, o su incorporación en una sentencia o, incluso, eventual laudo<sup>213</sup>. Sin tal naturaleza ejecutiva, los acuerdos no serán susceptibles de beneficiarse del modelo de reconocimiento y ejecución diseñado en los distintos instrumentos europeos, y no podrán circular en el seno de la Unión al amparo de estos, dependiendo, por lo tanto, de las soluciones nacionales.

72. La exigencia de homologación del acuerdo alcanzado, ve acentuada su trascendencia por el hecho mismo de que al referir éste a la responsabilidad parental y a la sustracción, e involucrar a menores,

---

*Courts*, Torino / Frankfurt, Giappichelli y Peter Lang, 2017, p. 268-271; V. LAZIĆ y W. SCHRAMA, “Chapter 10: Cooperation between Central Authorities in Matters of Parental Responsibility”, en V. LAZIĆ (Gen. Ed.), *Regulation Brussels IIbis. Guide for Application*, The Hague, Asser Institut, julio 2018, p. 284 y ss.

<sup>210</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Bruselas, Oficina de Publicaciones, 2014, p. 83.

<sup>211</sup> Art. 2: “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: ... d) resolución judicial, las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto”. Considérese, igualmente, la referencia que realizan los apartados 7 y 11.a) del artículo 2 del Reglamento a “resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos”.

<sup>212</sup> Al respecto, vid. C. ESPLUGUES, “Civil and Commercial Mediation”, *cit.*, pp. 717-727, especialmente pp. 719-720 en relación con aquellos ordenamientos, pocos, que atribuyen, habitualmente con carácter limitado y en supuestos muy concreto, fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados por las partes en el marco de una mediación. En relación con el valor de los acuerdos de mediación en el ámbito familiar en España, considérese J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Mediación familiar en España”, *Revista boliviana de Derecho*, nº 8, 2009, pp. 217-218.

<sup>213</sup> Vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 185; M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “Alcance y retos”, *cit.*, pp. 269-270; C. Esplugues, “Civil and Commercial Mediation”, *cit.*, pp. 720-727.

la protección de su interés superior va a convertirse directamente en un notable elemento de control de su validez, requiriendo, a su vez, en algunos lugares, de la imprescindible intervención de un juez<sup>214</sup>. De hecho, en el caso de España, el artículo 19.1 LEC permite a las partes disponer del objeto del juicio y, entre otras posibilidades, “someterse a mediación ... cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”. Esta referencia al tercero se entiende relevante respecto de la homologación judicial del eventual acuerdo formulado, al considerarse que la mención incluye el interés del menor<sup>215</sup>. Aceptándose, eso sí, por parte del TS que, en todo caso, aquellos acuerdos que no lesionen los derechos del menor, o los ponga en peligro, deben ser declarados vinculantes por el juez<sup>216</sup>.

## 2. El Reglamento Bruselas II ter

73. 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>217</sup> -el Reglamento Bruselas II ter- con aplicación a partir del 1 de agosto de 2022, ha implicado –entre otros avances<sup>218</sup>- un paso adicional en el fomento de la mediación, y de cualquier otro mecanismo MASC, como vía de resolución de las controversias surgidas en materia de responsabilidad parental, así como, también, de las afloradas en relación con la sustracción internacional de menores<sup>219</sup>.

74. Con ello, el Reglamento se hace eco, en última instancia, de la invitación formulada por el Consejo a la Comisión ya en 2010, en el sentido de tomar en consideración el papel positivo que la mediación puede jugar a la hora de resolver “the issues related to parental authority, rights of custody, rights of access and international child abductions”<sup>220</sup>. Este fomento, sin embargo y como seguidamente veremos, no está exento de interrogantes, especialmente en su proyección en el ámbito del reconocimiento y ejecución en los distintos Estados miembros de este tipo de acuerdos.

75. De forma coincidente con lo previsto en el artículo 55.e) del Reglamento Bruselas II bis, el artículo 79.g) del nuevo Reglamento Bruselas II ter reproduce la obligación que acompaña a las autoridades centrales requeridas de adoptar, bien directamente, o por conducto de los órganos jurisdiccionales, las autoridades competentes u otros organismos, “todas las medidas adecuadas” para, entre otros extremos, “g) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”<sup>221</sup>. La genérica referencia a “otros medios” recogida en el artículo 55.e) del Bruselas II bis se convierte, didácticamente, en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en una mención a “otros medios alternativos de resolución de litigios”.

76. Sin embargo, junto a esta reiteración de lo previsto en el Reglamento Bruselas II bis, y en línea con la posición mantenida por distintos sectores de la doctrina en apoyo del genérico fomento del

<sup>214</sup> M.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional*, cit., p. 186.

<sup>215</sup> Al respecto, vid. V. MORENO VELASCO, “La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución”, *Diario La Ley*, nº 7899, 2012.

<sup>216</sup> STS nº 97/2005, de 14.2.2005 (TOL590.993), F.Dº Primero.

<sup>217</sup> DO L 178, de 2.7.2019.

<sup>218</sup> Al respecto, entre otros, B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, CdT, vol. 2020-1, 2020, p. 100 y ss.; L. CARPANETO, “La ricerca de una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. LIV, nº 4, 2018, p. 944 y ss.; M.C. BARUFFI, “A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases”, *Journal of private international law*, vol. 14, nº 3, 2018, p. 385 y ss.

<sup>219</sup> Al respecto, nótese, R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, “Child protection in European”, cit., p. 19.

<sup>220</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Conclusions of the ministerial*, cit., p. 5.

<sup>221</sup> Nótese al respecto el Considerando 75 Reglamento Bruselas II ter.

recurso a “esquemas” de mediación en este ámbito<sup>222</sup>, el texto de Bruselas II ter da un significativo paso adelante en favor del uso de la mediación –y de otros mecanismos de resolución alternativa de disputas- en este sector. Intentando quebrar el actual status quo, caracterizado por la escasa utilización hasta el momento de estos mecanismos, por razones distintas, en las materias cubiertas por el Reglamento<sup>223</sup>.

77. Sin alcanzar, eso sí, la apuesta favorable a una mediación obligatoria en el ámbito de la sustracción internacional de menores, favorecida por algunos en la Unión<sup>224</sup>, el texto de Bruselas II ter va mucho más allá de la tímida –pero quizás más depurada técnicamente- formulación recogida en el artículo 23.2 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) presentada en 2016 por la Comisión Europea<sup>225</sup>. Y que se limitaba a señalar que “Tan pronto como sea posible durante el procedimiento, el órgano jurisdiccional examinará si las partes están dispuestas a recurrir a la mediación para encontrar, en el interés superior del niño, una solución consensuada, siempre que esto no retrase indebidamente el procedimiento.”<sup>226</sup>

78. La Propuesta de Reglamento formulada por la Comisión en 2016 recogía, así, una obligación de explorar la disponibilidad de las partes, sin compelerles a ello, de recurrir exclusivamente a la mediación –y no a cualquier otro mecanismo de resolución alternativa de conflictos-, para resolver la situación creada. La solución recogida en el texto de 2019 difiere, y va más allá, de ésta.

En tal sentido, el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter, retomando la filosofía de las enmiendas formuladas por el Parlamento Europeo, en 2018, al proyecto de Considerando 28 de la mencionada Propuesta de la Comisión de 2016<sup>227</sup>, explicita ahora que en todos los asuntos que afecten a menores, “y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados”<sup>228</sup> con objeto de resolver la cuestiones que afectan al menor.

79. Significativamente, el texto propuesto por el Parlamento en 2018 sustituía la referencia incorporada por la Comisión, en el Considerando 28 de su Propuesta de 2016, a “llegar a una solución amistosa a través de la mediación u otros medios apropiados”, por otra en la que la referencia quedaba exclusivamente focalizada en la mediación, obviando cualquier mención a otros medios alternativos de resolución de conflictos<sup>229</sup>.

<sup>222</sup> I. PRETELLI, “Child Abduction and Return Proceedings”, en EUROPEAN PARLIAMENT, *Recasting the Brussels Iia Regulation*, cit., p. 5; F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores*, cit., pp. 148-150.

<sup>223</sup> Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La mediación en los conflictos”, cit., pp. 231-232.

<sup>224</sup> Al respecto, vid. L. HECKENDORN URSCHELER, I. PRETELLI, J. CURRAN et al: *Enlèvements parentaux transfrontaliers dans l'Union européenne. Synthèse*, Bruxelles, Parlement européen. Direction générale des politiques internes. Département thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles. Libertés civiles, justice et affaires intérieures, 2015, p. 9. Igualmente, I. PRETELLI, “Child Abduction and Return”, cit., p. 11. Con carácter general, y en relación con esta propuesta, vid. G. DE PALO, L. D'URSO, M. TREVOR et al: *'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Brussels, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2014, pp. 163-164.

<sup>225</sup> Bruselas, 30.6.2016, COM(2016) 411 final, 2016/0190 (CNS). Al respecto, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, REDI, vol. 69-1, 2017, p. 144.

<sup>226</sup> El Considerando 28 de la Propuesta de 2016 incidía, en tal sentido, en la necesidad de que “En todos los casos que afecten a niños y, en particular, en los casos de sustracción internacional de menores, las autoridades judiciales y administrativas deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución amistosa a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, en su caso, de las redes y estructuras de apoyo existentes relacionadas con la mediación en las controversias de responsabilidad parental transfronteriza”.

<sup>227</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, (COM(2016)0411 — C8-0322/2016 — 2016/0190(CNS)), DO C 458, de 19.12.2018, Enmienda 15, p. 507. Un tenor que, sin embargo, no se reproducía con similar radical en la propuesta de art. 23.2 formulada por el Parlamento (*Ibid*, Enmienda 45, p. 519).

<sup>228</sup> Considerando 43 del Reglamento Bruselas II bis.

<sup>229</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, cit.*, Enmienda 15. Pro-

**80.** Este mandato taxativo dirigido a los tribunales de recurrir no sólo a la mediación sino a cualquier otro medio apropiado, viene desarrollado en el artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter intitulado, específicamente, como “Formas alternativas de resolución de litigios”. La rúbrica del precepto aventura una referencia al recurso a “la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios” –“mediación u otros medios apropiados” en el texto del Considerando 43 del Reglamento-, conectando así –y, de hecho, superándolas- con las distintas propuestas formuladas en este sentido por algunos sectores doctrinales europeos<sup>230</sup>, y por el propio Parlamento Europeo<sup>231</sup>, que apostaban, con formulaciones diversas, por compeler a la autoridad judicial a explorar la vía de la mediación –sólo de la mediación y no de otras vías alternativas- antes de proceder a dictar una resolución judicial resolviendo la concreta situación planteada<sup>232</sup>. Admitiéndose, en todo caso, que “tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980”<sup>233</sup>.

**81.** En coherencia con esta demanda de protagonismo atribuido al órgano jurisdiccional en relación con el fomento de la búsqueda de acuerdos entre las partes, dentro y fuera de un procedimiento de mediación, el artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter exige ahora que “Lo antes posible” y “en cualquier fase del procedimiento”, el órgano jurisdiccional que conozca de la eventual disputa en materia de responsabilidad parental, o del supuesto de sustracción internacional de menores, “invitará a las partes”, bien de forma directa o, si procede, contando con la asistencia de las autoridades centrales “a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios”.

**82.** Siempre, se dice, que ello no resulte “contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento”<sup>234</sup>. Precisamente, esta idea del retraso, así como de los costes adicionales que, en concreto, el recurso a la mediación puede conllevar en

---

puesta de Reglamento. Considerando 28: “*El recurso a la mediación puede desempeñar un papel muy importante para resolver los conflictos en todos los casos que afecten a niños y, en particular, en caso de conflictos parentales transfronterizos sobre la custodia del menor y sobre el derecho de visita del menor y en los casos de sustracción internacional de menores. Asimismo, en vista del aumento de los conflictos transfronterizos por la custodia en toda la Unión Europea, donde no se dispone de un marco internacional, como resultado de los recientes flujos migratorios, la mediación ha demostrado con frecuencia ser el único instrumento jurídico para ayudar a las familias a alcanzar una solución amistosa y rápida para los conflictos familiares. Con el fin de fomentar la mediación en esos casos, las autoridades judiciales y administrativas, con la ayuda, en su caso, de las redes y estructuras de apoyo existentes relacionadas con la mediación en las controversias de responsabilidad parental transfronteriza, deben asistir a las partes, antes o durante el proceso judicial, en la selección de mediadores adecuados y en la organización de la mediación. Se debe proporcionar a las partes una ayuda financiera para recurrir a la mediación, por lo menos en la medida en que se les haya o se les habría concedido asistencia jurídica. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 ni deben dar lugar a la participación obligatoria de las víctimas de cualquier forma de violencia, incluida la violencia doméstica, en los procedimientos de mediación*” (p. 507). En similar sentido se manifestaba la propuesta de Considerando 28 bis, relativo a la formación de los mediadores (*Ibid.*, p. 508).

<sup>230</sup> Así, por ejemplo, H. VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, en EUROPEAN PARLIAMENT, *Cross-Border Activities in the EU – Making Life Easier for Citizens. Workshop for the JURI Committee*, Brussels, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2015, pp. 193, 196-197 y 205; L. HECKENDORN URSCHELER, I. PRETELLI, J. CURRAN *et al.*: *Enlèvements parentaux transfrontaliers*, *cit.*, pp. 14-16 o TH. KRUGER, “Enhancing Cross-Border Cooperation”, *cit.*, p. 43 quizás, de todas, la que propone un texto más similar al finalmente incorporado en el Reglamento. Todos ellos, significativamente, refieren exclusivamente a la mediación y no a otros medios MASC.

<sup>231</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, cit.*, Enmienda 15. Propuesta de Reglamento. Considerando 28 (p. 507), y Enmienda 45. Propuesta de Reglamento. Artículo 23 — apartado 2 (p. 519).

<sup>232</sup> La mención a mediación y otras vías complementarias se consolidará en la propuesta remitida al Consejo (Article 23 bis. Modes alternatifs de règlement des litiges), CONSEIL DE L’UNION EUROPÉENNE: *Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu’à l’enlèvement international d’enfants (refonte) - Orientation générale*, Bruxelles, le 30 novembre 2018 (OR. en), Dossier interinstitutionnel: 2016/0190(CNS), 14784/18, JUSTCIV 292, p. 41.

<sup>233</sup> Considerando 28 Propuesta de Reglamento de 2016.

<sup>234</sup> En tal sentido, B. MUSSEVA: “The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity”, *ERA Forum*, n° 21, 2020, pp. 136-137. Lo que apoyaría, por ejemplo, la formación –y concienciación- del mediador en relación con esta cuestión. Al respecto, R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, “Child protection in European family law”, en T. PFEIFFER, Q.C. LOBACH y T. RAPP (Eds.), *Facilitating Cross-border family life - Towards a common European Understanding*, Heidelberg, Heidelberg University Publishing, 2021, p. 21.

los procedimientos de restitución, es resaltada, desde antiguo, por la doctrina como una de las trabas que inciden sobre su utilización en este sector<sup>235</sup>. Asumiéndose, igualmente, las dificultades de que algunas de las ventajas que la mediación, puede ofrecer se manifiesten efectivamente en este ámbito temático: “(dialogue, rapidité, efficacité) semble toutefois assez utopique, étant donné que ce type de litige s’avère extrêmement conflictuel et compliqué”<sup>236</sup>.

**83.** El cambio de filosofía y de enfoque es doblemente relevante al favorecer el legislador europeo, en primer lugar, la sustitución de “la lógica de la confrontación por la del acuerdo”<sup>237</sup> y hacerlo, además, de forma amplia, apostando por la búsqueda del consenso dentro o fuera de una mediación. Lo que en sí mismo constituye una opción relevante dado que, dejando de lado las diferencias que puedan existir en cuanto a la naturaleza y desarrollo en la práctica de los distintos MASC potencialmente utilizados, sólo la mediación cuenta con un soporte normativo europeo.

Una alteración que encuentra su reflejo directo en el dato de que el potencial logro de acuerdos en esta materia ya no queda exclusivamente referido a las partes, sino que los tribunales se ven igualmente atribuido un papel activo en esta búsqueda, al quedar ahora compelidos a invitar a las partes a explorar un eventual consenso. En esta tarea, añade el Considerando 43 del texto reglamentario, el juez contará con la ayuda, “cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental”<sup>238</sup>. Una exigencia de involucración que está en línea con el mandato del punto 15 de la Carta Magna de los jueces europeos, de 17 de noviembre de 2010<sup>239</sup>, que compele al juez a actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios. Y que, en tal sentido, “debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos”.

**84.** Sin embargo, como el mencionado Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter admite, esta exigencia que acompaña al juez de invitar a las partes a contemplar la posibilidad de buscar y, en su caso alcanzar, un acuerdo en relación con la disputa planteadas no es absoluta, y se avanzan distintas excepciones de índole diversa. Se habla así de ciertas materias en las que se considera que la referencia –específicamente– “a la mediación” no siempre resulta apropiada; “en especial en los casos de violencia sobre la mujer”<sup>240</sup>. Y en todo caso, se reitera, en relación con el concreto supuesto de la sustracción internacional de menores, que el recurso a la mediación no debe suponer una prolongación indebida del

<sup>235</sup> Al respecto, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *REEI*, nº 38, diciembre 2019, p. 4, y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 1019/1111”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO *et al* (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, p. 396; M. BROSCHE y C.M. MARIOTTINI, *EUFAMS II. Facilitating*, *cit.*, p. 20. Una mención a los costes que ya será apuntada en 2021 por la Conferencia de La Haya de DIPr en su Guía de Buenas Prácticas (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Guía de Buenas Prácticas*, *cit.*, p. 53 y ss.). Precisamente con objeto de limitar este impacto en los costes, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la propuesta de refundición del Reglamento II bis presentada por la Comisión Europea en 2016 afirmaba en su enmienda 15 (por la que se modificaba el Considerando 28 de dicha propuesta), la obligación de proporcionar a las partes una ayuda financiera para recurrir a la mediación, “*por lo menos en la medida en que se les haya o se les habría concedido asistencia jurídica*” (PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018*, *cit.*, p. 507). Una propuesta reflejada en el texto modificado del art. 38.1.b) de la Propuesta (PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018*, *cit.*, Enmienda 52, p. 521). De hecho, la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es consciente de ello, como se observa en el hecho de congratularse del logro de una disminución en las demoras en los procedimientos en virtud del Convenio, también, en el plano de la mediación (al respecto, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10 – 17 de octubre de 2017)*, *cit.*, p. 2, nº. 14).

<sup>236</sup> B. JURIK, “Le « nouveau » Règlement Bruxelles II ter: le changement, ce n’est pas pour maintenant!”, *JADE Journal d’Actualité des Droit Européens*, nº. 20, 2019, 30.10.2019.

<sup>237</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores”, *cit.*, p. 397.

<sup>238</sup> Considerando 43 del Reglamento Bruselas II bis.

<sup>239</sup> CONSEJO CONSULTIVO DE LOS JUECES EUROPEOS (CCJE), *Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales)* (disponible en: [https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/OTROS%20DOCUMENTOS/FICHERO/CARTA%20MAGNA%20CCJE%20ESP\\_1.0.0.pdf](https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/OTROS%20DOCUMENTOS/FICHERO/CARTA%20MAGNA%20CCJE%20ESP_1.0.0.pdf)).

<sup>240</sup> Considerando 43 del Reglamento Bruselas II bis.

procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores<sup>241</sup>.

**85.** El artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter adquiere, de esta suerte, una especial relevancia, tanto por su contenido mismo, como por los cambios que incorpora respecto del texto de 2003, reflejando la clara voluntad del legislador europeo de fomentar el logro de acuerdos en este ámbito: bien a través de la mediación, o recurriendo a otros mecanismos de resolución alternativa de disputas. Sin embargo, más allá de esta clara voluntad, el precepto presenta distintas limitaciones y problemas de naturaleza diversa, que pueden afectar, en última instancia, a la virtualidad de la solución articulada o, al menos a su plácida práctica.

### **A) El contenido del acuerdo en materia de responsabilidad parental**

**86.** En primer lugar, y desde el punto de vista del contenido del acuerdo alcanzado en relación con la responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores<sup>242</sup>, los interrogantes se focalizan en aquellos acuerdos que puedan ir más allá del puro contenido relacional –los que presentan como finalidad exclusiva la mejora de las relaciones entre las partes, y que por su propia naturaleza no son coercibles-, recogiendo contenidos dotados de vocación jurídica, que son susceptibles de ser judicializados y ejecutados en el futuro<sup>243</sup>. En relación con éstos últimos cabe la posibilidad de que se supere al perímetro estricto de las materias incardinables en el concepto de “responsabilidad parental”, pudiendo cubrir otras cuestiones, o ámbitos, vinculadas, por ejemplo, con el régimen económico matrimonial o los alimentos<sup>244</sup>. Sectores, ambos, regulados por otros instrumentos europeos distintos del Reglamento Bruselas II ter –en concreto, y respectivamente, los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 1104, sobre régimen económico matrimonial y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas, y el Reglamento 4/2009-.

**87.** Además de los interrogantes –macro- que ello genera en relación con el sistema en su globalidad, con su diseño y funcionamiento. Puede, igualmente, desde una perspectiva micro, suscitar la cuestión añadida, y compleja, de concretar tanto la competencia para su homologación como las vías para asegurar su eficacia.

Esto es, desde un punto sistemático, lo anterior supone asumir que en un espacio jurídicamente integrado como es el europeo, diversas cuestiones abordadas en un mismo acuerdo van a ser susceptibles de verse reguladas por normas distintas dotadas, en ocasiones, de objetivos desiguales, y que pueden dar lugar a procedimientos diferenciados y grados de eficacia variados. Una problemática ésta que, ciertamente, desde la perspectiva estricta del funcionamiento del Reglamento Bruselas II ter ve limitada su trascendencia al atender a la definición de “acuerdo” recogido en su artículo 2.2.3), y que refiere a un documento que ha sido firmado por las partes en materias que “entran en el ámbito de aplicación del Reglamento”<sup>245</sup>. Pero que, en la práctica, supone consolidar la fragmentación del modelo europeo de DIPr, y de la respuesta aportada por éste, de la que la eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados por las partes en el ámbito del Derecho de Familia constituye un buen ejemplo.

<sup>241</sup> BOE de 24.8.1987.

<sup>242</sup> De acuerdo con el art. 2.2.7) del Reglamento, se entiende por “responsabilidad parental”: “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita”.

<sup>243</sup> Sobre la distinción entre ambas categorías de contenidos, vid. S. ALGABA ROS, “El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”, *InDret*, 2017-4, pp. 26-28.

<sup>244</sup> Al respecto, J.M. VARA GONZÁLEZ, “Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 82, abril-junio, 2012, p. 479 y ss.

<sup>245</sup> “y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el artículo 103”, algo que, a fecha de elaboración de este artículo, todavía no se había producido.

## B) La posibilidad de prórroga del foro con respecto a la homologación del acuerdo alcanzado

**88.** Adicionalmente, la solución recogida en el artículo 25 del Reglamento II ter con referencia a los acuerdos alcanzados en relación con la responsabilidad parental y a la sustracción internacional de menores –tanto en el marco de un procedimiento de mediación como a través de otra vía alternativa de resolución de conflictos-, tiene un impacto en el funcionamiento del modelo de competencia judicial internacional articulado en el texto reglamentario, abriendo la puerta a la posible prórroga de la competencia.

**89.** En este sentido, y en relación específicamente con la sustracción internacional de menores, el Considerando 43 del Reglamento, en línea con su Considerando 22, explicita que en aquellas ocasiones en que, en el curso de un procedimiento de restitución al amparo del Convenio de La Haya de 1980, los progenitores lleguen a un acuerdo en el Estado miembro donde ha sido trasladado el menor, no solamente sobre la restitución o no restitución del menor, sino también sobre otras cuestiones de responsabilidad parental, se debe permitir a las partes, en ciertas circunstancias, “convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo” si éste, insistimos, se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución<sup>246</sup>. Un objetivo que se logra ya sea, a través de su incorporación a una resolución que lo aprueba, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales<sup>247</sup>.

**90.** Lo anterior conlleva, adicionalmente, tal como reconocen los apuntados Considerandos 22 y 43 del Reglamento, que los Estados miembros que hayan concentrado la competencia material, en consonancia con el propio Reglamento –y en tal sentido resulta muy interesante el tenor de su Considerando 41- deben considerar la posibilidad de permitir que el concreto órgano jurisdiccional al que se ha sometido la demanda de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza, también, la competencia –acordada o aceptada por las partes en virtud del Reglamento- en materia de responsabilidad parental. Siempre, conviene recordar, que tal acuerdo entre las partes se haya alcanzado durante los procedimientos de restitución<sup>248</sup>.

**91.** Esta posibilidad de prórroga de la competencia se encuentra en línea con el mandato de los artículos 9 y 10 del Reglamento Bruselas II ter<sup>249</sup>, y es valorada positivamente por la doctrina que, con independencia de la efectividad de la admonición incorporada en el precepto, entiende su carácter pedagógico y asume, tanto que el órgano de origen, previsiblemente, no estará familiarizado con la controversia, como el hecho de que, además, puede que deje pronto de ser competente si, efectivamente, el acuerdo alcanzado por las partes implica la permanencia del menor en el Estado al que ha sido traslado, o donde se encuentra retenido<sup>250</sup>. Amén de, también, todos los problemas que pueden derivarse en la práctica de la no previsión de esta prórroga<sup>251</sup>.

## C) La eficacia del acuerdo alcanzado en la UE y su circulación en el seno de la UE

**92.** Un tercer nivel de problematismo planteado por la solución recogida en el Reglamento Bruselas II ter es recurrente, y reitera la situación existente en la Unión en relación con la eficacia de este

<sup>246</sup> Considerando 43 Reglamento Bruselas II ter. Nótese, igualmente, el Considerando 22 del Reglamento y M.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional*, cit., p. 187.

<sup>247</sup> Considerando 43 Reglamento Bruselas II ter. Nótese, igualmente, el Considerando 22 del Reglamento.

<sup>248</sup> Este tipo de acuerdos, añade el Considerando 22 del Reglamento, “*debe incluir tanto los acuerdos de restitución como los de no restitución del menor. Si se acuerda la no restitución, el menor deber permanecer en el Estado miembro del nuevo lugar de residencia habitual y la competencia para cualquier futuro procedimiento de custodia que se inicie allí debe determinarse sobre la base del nuevo lugar de residencia habitual del menor*”.

<sup>249</sup> Una posibilidad que estaría ya latente en el Reglamento Bruselas II bis, al respecto, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores”, cit., p. 389.

<sup>250</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores”, cit., pp. 389-390.

<sup>251</sup> Al respecto, vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional*, cit., p. 186

tipo de acuerdos, y con su posterior circulación en el territorio de la UE. Adquiriendo, además, una complejidad adicional a la vista del tenor del artículo 65 del Reglamento, en el que se consolida una nueva categoría de títulos susceptibles de ser reconocidos y ejecutados en la UE, y que va más allá de la figura de la mediación: la de “acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen”, ya prevista expresamente en el artículo 46 del Reglamento Bruselas II bis, pero que ahora se ve notablemente desarrollada en el nuevo texto de 2019.

### a) Resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos

**93.** La doctrina y los operadores jurídicos son muy conscientes de que el éxito, específicamente, de la mediación -y del resto de medios MASC- en cualquier de los sectores en que sea usada y, también, lógicamente, en el ámbito familiar, estriba en facilitar la eficacia del acuerdo alcanzado<sup>252</sup>. En el supuesto concreto del Reglamento Bruselas II ter, y en relación específicamente con los acuerdos formulados dentro -o fuera- de una mediación transfronteriza en las materias cubiertas por éste, se asume esta premisa -y objetivo- de asegurar su circulación en Europa, apuntándose gráficamente por la doctrina europea que, “évidemment il ne sert à rien qu’une mère” – o un padre, añadiríamos nosotros- “signe un document en sachant qu’il n’a aucune force juridique”<sup>253</sup>.

**94.** Ya se ha avanzado<sup>254</sup> cómo de forma muy mayoritaria se acepta en Europa que el compromiso alcanzado por las partes en el marco de una mediación cuenta con una naturaleza privada -puramente contractual-, resultando por lo tanto necesario recurrir a los tribunales para hacer cumplir lo acordado en caso de incumplimiento por alguna de las partes<sup>255</sup>. Esta es una realidad de la que ya se hizo eco en su momento el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil preparado por la Comisión con fecha 19 de abril de 2002<sup>256</sup>. Y que perdura en nuestros días reputándose, igualmente, de aquellos acuerdos concluidos fuera de la mediación y a los que, al carecerse de normativa armonizada, se aplicará en cada país de la Unión su propio régimen jurídico<sup>257</sup>. Recuérdense en este sentido, en el caso de España, por ejemplo, las limitaciones recogidas en relación con el contrato de transacción en el artículo 1814 Cc<sup>258</sup>, respecto del mandato genérico del artículo 1810<sup>259</sup> del mismo cuerpo legal.

**95.** En concreto, el acuerdo concluido en el marco de un procedimiento de mediación requiere, por lo tanto, de su homologación por el órgano jurisdiccional, o por una autoridad pública, del Estado en el que se ha alcanzado, para contar con fuerza ejecutiva en éste. La situación existente en España es paradigmática en este sentido, al apuntar el artículo 23.3 de la Ley española de mediación cómo una

<sup>252</sup> Vid., C. ESPLUGUES, “General Report”, *cit.*, p. 68.

<sup>253</sup> S. CORNELOUP y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *Rev. crit. DIP*, 2020-2, p. 224.

<sup>254</sup> Vid. nº 57 *supra*.

<sup>255</sup> Respecto de España, vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO *et al.*, “Spain”, en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS y G. PALAO (Eds.), *Civil and Commercial Mediation in Europe. National Mediation Rules and Procedures. Vol. I*, Cambridge, intersentia, 2013, pp. 478-479; A. GARCÍA HERRERA, “Reestructuración de la familia *cit.*”, p. 11; S. ALGABA ROS, “El acuerdo de mediación”, *cit.*, pp. 31-32.

<sup>256</sup> “Según los Estados, las ADR pueden desembocar frecuentemente en una simple transacción de carácter contractual pero también en otras fórmulas, como un acta de conciliación o de acuerdo de mediación. El denominador común de todas estas fórmulas es que en realidad constituyen “transacciones”, sea cual fuere la apelación que se les da”, Bruselas, 19.4.2002, COM(2002) 196 final, p. 34, nº 85.

<sup>257</sup> Sobre la distinción entre los acuerdos concluidos en el seno de un procedimiento de mediación y aquellos que lo son fuera de éste, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato”, *REDI*, vol. 72, 2020, pp. 63-66.

<sup>258</sup> Art. 1814 Cc: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

<sup>259</sup> Art. 1810 Cc.: “Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos”.

de las obligaciones del mediador es, precisamente, la de informar “a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”. Máxime en este tipo de pactos en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en los que los progenitores convienen sobre aspectos que afectan a uno o varios de estos últimos<sup>260</sup>.

**96.** Esta homologación se traduce, habitualmente –ya lo indica, recordemos la propia Directiva de 2008 en su artículo 6 –, bien en la incorporación de lo convenido en una resolución aprobatoria, en el supuesto de ratificación de aquel por una autoridad judicial “después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales”<sup>261</sup>. O, se realiza a “través de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales”<sup>262</sup>; por ejemplo, en el caso de España, mediante su elevación a escritura pública por un notario, tal como requieren los artículos 25 y 27.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>263</sup> –en línea con la filosofía y el mandato del artículo 517.2.2º LEC<sup>264</sup>–. Preceptos, que entre otros extremos, reintroducen el control de legalidad por parte del notario, suprimido en su día de los artículos 145, 197 quáter y 198 del Reglamento Notarial por la jurisprudencia del TS<sup>265</sup>.

**97.** Como ya hemos señalado, el propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, en relación con la aplicación de la Directiva sobre mediación de 2008, no ha dudado en considerar que esta exigencia de homologación origina costes adicionales, es lenta para las partes del acuerdo y, puede “afectar negativamente a la circulación de acuerdos de mediación extranjeros, especialmente en el caso de litigios menores”<sup>266</sup>; aunque, también podría añadirse, que no deja de constituir una garantía para las propias partes y, especialmente, para el menor. Conduciendo, en suma, a la Cámara a instar la adopción de medidas tendentes a “garantizar el carácter ejecutorio de los acuerdos de mediación de manera rápida y asequible, dentro del pleno respeto de los derechos fundamentales, así como de la legislación nacional y de la Unión”<sup>267</sup>.

**98.** En su proyección al ámbito de la circulación en el seno de la Unión de los acuerdos concluidos por las partes en el marco de un procedimiento de mediación –aquel en el que aquellas “intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”<sup>268</sup>– o fuera de éste, tal homologación por la autoridad nacional supone dotar al acuerdo de fuerza ejecutiva que, lógicamente, se desplegará exclusivamente en el territorio del Estado de dicha autoridad.

**99.** Así, para que el acuerdo produzca efectos más allá del foro será necesario su reconocimiento y, en su caso, ejecución en el Estado en que se pretenda su eficacia. En este sentido, las reglas recogidas en el nuevo texto de 2019 intentan favorecer y facilitar esta eficacia extraterritorial, aunque de ellas se desprende una cierta sensación de excesiva complejidad, con todo lo que ello puede suponer en un ámbito que requiere, precisamente, de disposiciones claras y dúctiles. Así, se dice, las normas “sont d’une lecture difficile et auraient manifestement supporté un effort de pédagogie et de simplification”<sup>269</sup>.

<sup>260</sup> Abogando por una flexibilización de esta posición, y con una amplia referencia jurisprudencial, vid. S. ALGABA ROS, “El acuerdo de mediación”, *cit.*, pp. 29-31.

<sup>261</sup> Considerando 14 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>262</sup> Considerando 43 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>263</sup> BOE de 7.7.2012. Vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional*, *cit.*, pp. 337-348.

<sup>264</sup> Considérese, igualmente, el art. 550.1.1º LEC, que al abordar los documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva exige que cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, deberá acompañarse, “además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento”.

<sup>265</sup> J.M. VARA GONZÁLEZ, “Aspectos notariales”, *cit.*, pp. 454 y 462.

<sup>266</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, *cit.*, Conclusión principal (10).

<sup>267</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*, *cit.*, Conclusión principal (10).

<sup>268</sup> Art. 3.a) Directiva 2008/52/CE.

<sup>269</sup> E. GALLANT, “Le nouveau Règlement ‘Bruxelles II ter’”, *AJ Famille*, 2019, p. 401 y ss. (reproducido en: <http://publications.ut-capitole.fr/42755/1/Le%20nouveau%20R%C3%A8glement%20Bruxelles%20II%20ter.pdf>, p. 6).

**100.** El Reglamento Bruselas II ter asume en su artículo 64 y ss. la existencia de una pluralidad de títulos vinculados al eventual pacto alcanzado por las partes en relación con la responsabilidad parental, o el traslado ilícito de menores, susceptibles de circular libremente en el seno de la Unión: en primer lugar, la resolución judicial que homologa el eventual acuerdo concluido por las partes en el marco de una mediación o fuera de ella. En segundo, la escritura pública que lo incorpora. Y, en tercer lugar, el acuerdo mismo celebrado por las partes dentro o fuera de una mediación, que sean ejecutivos en un Estado miembro, y a los que el Reglamento Bruselas II bis asimilaba a “resoluciones judiciales”<sup>270</sup>.

**101.** Respecto de estas tres categorías, el Reglamento Bruselas II ter afirma de forma genérica –y también taxativa– que, tanto la resolución, como el documento público que homologuen el acuerdo alcanzado por las partes circularán en el territorio de la Unión con base en el principio de confianza mutua. Lo que se traduce, tal como señala el Considerando 55 del Reglamento, en la limitación de los motivos de denegación del reconocimiento “al mínimo necesario, habida cuenta del objetivo subyacente del presente Reglamento que es facilitar el reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del menor”.

- 1) Ello supone, en el caso de una resolución judicial homologando el acuerdo, que ésta “debe ser reconocid(a) o ejecutad(a) como una «resolución»”<sup>271</sup>, atendiendo al modelo de reconocimiento y ejecución diseñado para ellas en el Reglamento<sup>272</sup>.
- 2) Por su parte, en segundo lugar, en el supuesto de tratarse de un documento público que incorpore el acuerdo alcanzado por las partes –dotado de “efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a la Comisión para tal fin”<sup>273</sup>– éste debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas del Reglamento sobre documentos públicos recogidas en su artículo 64 y ss.

**102.** Sin embargo, recordemos, junto a estas dos categorías “clásicas” en la geografía jurídica europea –resolución judicial o documento público que homologan el pacto concluido por las partes–, el Reglamento Bruselas II ter refiere, igualmente, a una tercera categoría –no tan, “novedosa”<sup>274</sup>–, apuntada ya en el texto de 2003, y que ahora se consolida y regula de forma detallada. Se trata, sin más, de ciertos “acuerdos” concluidos por las partes en el seno de una “mediación” u “otra vía alternativa de resolución de litigios”, tal como señala el artículo 25 del texto de 2019.

**103.** En relación con ellos, el legislador europeo distingue entre aquellos acuerdos que cuentan con una naturaleza estrictamente privada, y aquellos otros que, sin haber sido homologados por una autoridad judicial o extrajudicial, se encuentran registrados, otorgando un tratamiento notablemente diverso a unos y otros.

- 1) Así, con respecto a los primeros, los acuerdos alcanzados por las partes mediante la intervención de un mediador, o recurriendo a cualquier otro mecanismo MASC, y que por no haber sido homologado por una autoridad pública o un juez cuentan con una naturaleza estrictamente privada, el Considerando 14 del Reglamento Bruselas II ter deja claro que el objetivo del texto de 2019 no es “autorizar la libre circulación de acuerdos meramente privados”. Antes, al contrario, el propio texto reglamentario explicita que tal circulación “no debe” au-

<sup>270</sup> Considerando 22 y art. 46 Reglamento Bruselas II bis.

<sup>271</sup> Considerando 14 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>272</sup> Lo que suscita, con carácter previo, la cuestión de la competencia para homologar el acuerdo, al respecto, M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “La ejecución de los acuerdos resultantes de mediación familiar: el conflicto de los “package agreements” en materia de sustracción internacional de menores”, en C. AZCÁRRAGA MONZONIS y P. QUINZÁ REDONDO (Eds.), *Tratado de mediación, cit.*, p. 44.

<sup>273</sup> Considerando 14 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>274</sup> En palabras de S. CORNELOUP y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111”, *cit.*, p. 238.

torizarse, al tratarse de acuerdos dotados de una naturaleza puramente contractual, y carentes de fuerza ejecutiva, añadiríamos nosotros.

- 2) Junto a ello, y en claro contraste con lo anterior, el objetivo del Reglamento, tal como precisa su Considerando 2, sí que es facilitar “la circulación en la Unión de las resoluciones, los documentos públicos y determinados acuerdos”, procediéndose en tal sentido a “establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros”.

En otras palabras, y así lo indica el Considerando 14 del Reglamento, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos dotados de naturaleza estrictamente privada, sí debe facilitarse la circulación en la UE de aquellos compromisos concluidos por las partes:

- 1) que hayan sido alcanzados en el marco de una mediación, u otro mecanismo ADR en el territorio de los distintos Estados de la Unión.
- 2) que, no siendo ni una resolución judicial ni un documento público,
- 3) “tengan efecto jurídico vinculante y tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen”<sup>275</sup> y
- 4) “hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo”<sup>276</sup>,
- 5) en un Estado miembro que “ ejerza su competencia con arreglo al capítulo II” del Reglamento<sup>277</sup>.

Entre tales autoridades públicas, añade el Considerando 14 del texto reglamentario “pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal.”. La cuestión, lógicamente, es determinar a qué tipo de acuerdos nos estamos refiriendo. Asumiendo, adicionalmente, que el Reglamento disocia en cuanto a su tratamiento a los acuerdos sobre crisis matrimoniales, de aquellos relativos a la responsabilidad parental.

**104.** Tal como afirma el artículo 2.2.3) del Reglamento Bruselas II ter al proceder a fijar el significado del término “acuerdo” a efectos de las normas sobre reconocimiento y ejecución recogidas en su Capítulo IV –“Reconocimiento y ejecución”-, bajo esta denominación estamos hablando de “un documento que no es un documento público<sup>278</sup>, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el artículo 103” del texto reglamentario, “d’un État dont les juridictions sont compétentes”. Lo que supone que la autoridad pública deberá, aunque sea de una forma indirecta, “respecter les règles de compétence judiciaire prévues par le Règlement”<sup>279</sup>.

**105.** Este categoría de acuerdos, calificado por algunos como acuerdos “ovni”<sup>280</sup>, pueden haberse alcanzado, dentro o fuera de una mediación, y referir a la separación legal y divorcio, o a la responsabilidad parental y/o sustracción internacional de menores. En relación con los primeros -los acuerdos en materia de separación legal y divorcio- si cuentan con efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen, “se reconocerán en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial”, atendiendo a lo previsto en las reglas sobre reconocimiento recogidas en la sección 1 del Capítulo IV del Reglamento<sup>281</sup>.

<sup>275</sup> Art. 65.2 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>276</sup> Considerando 14 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>277</sup> Art. 64 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>278</sup> Definido éste en el art. 2.2.2) del Reglamento, en el sentido de documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en cualquier Estado miembro en materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento y cuya autenticidad queda referida a la firma y contenido del instrumento y, además, ha sido establecido por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin, de acuerdo con el art. 103 del Reglamento.

<sup>279</sup> E. GALLANT, “Le nouveau Règlement”, *cit.*, p. 3.

<sup>280</sup> J.-S. QUÉGUINER: “Le divorce sans juge en droit international privé”, *Droit de la Famille*, septembre, n° 9, 2018, p. 1.

<sup>281</sup> Art. 65.1 Reglamento Bruselas II ter.

**106.** Por su parte, respecto de los acuerdos en materia de responsabilidad parental y/o sobre sustracción de menores, si tienen efecto jurídico vinculante y fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen “se reconocerán y ejecutarán en otros Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva. Se aplicarán en consecuencia las secciones 1 y 3”<sup>282</sup> del Capítulo IV del Reglamento, salvo disposición en contrario en la sección 4, en la que, específicamente se aborda la eficacia extraterritorial de los “Documentos públicos y acuerdos” que, recordemos, comparten el mismo régimen jurídico.

**107.** La realidad jurídica europea pone de manifiesto la existencia, aislada, de ejemplos de esta categoría de acuerdos en el ámbito, específicamente, de las crisis matrimoniales. El artículo 229-1 Cc francés<sup>283</sup> constituiría el ejemplo paradigmático, no exento de críticas<sup>284</sup>, de ello<sup>285</sup>, hablándose por algunos, incluso, de una solución diseñada en el Reglamento para favorecer su circulación<sup>286</sup>. Sin embargo, no es un supuesto habitual y su aceptación en relación con la responsabilidad parental es aún limitada y compleja. No olvidemos, en tal sentido, cómo, por ejemplo, en España, el artículo 87 Cc reconoce a los cónyuges su derecho a “acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él.” Y que, precisamente el apartado 2 de este artículo 82 excluye esta posibilidad “cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”. Ello afecta directamente a su circulación fuera de las fronteras del país en que se ha alcanzado el acuerdo<sup>287</sup>.

**108.** Además, lejos de preverse por el legislador nacional el tratamiento de la problemática de este tipo de acuerdos alcanzados por las partes en relación con la responsabilidad parental o la sustracción internacional de menores –y de su eficacia interna- de forma individualizada y autónoma, tiende a abordarse habitualmente en el marco de otras realidades independientes como, por ejemplo, puedan ser las crisis matrimoniales; a modo de ejemplo singular, el artículo 14 del DL n.º 272/2001, de 13 de Octubre *Processos da competência do M.ºP.º e das C. Registo Civil português*<sup>288</sup>, refiere exactamente a los acuerdos sobre responsabilidad parental concluidos por las partes en el marco de un divorcio por mutuo consentimiento, que son autorizados e inscritos por el encargado del Registro Civil<sup>289</sup>. O, también, los alimentos, como ocurre con el artículo 50.3 de la *Marriage Act n.º 234/1929* finlandesa<sup>290</sup>.

<sup>282</sup> Art. 65.2 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>283</sup> Art. 229-1 Cc: “*Lorsque les époux s’entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d’un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l’article 1374.*

*Cette convention est déposée au rang des minutes d’un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1º à 6º de l’article 229-3. Il s’assure également que le projet de convention n’a pas été signé avant l’expiration du délai de réflexion prévu à l’article 229-4.*

*Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire*”. Al respecto, vid. P. HAMMJE, “Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le Droit international privé. Les aléas d’un divorce sans for”, *Rev. crit. DIP*, 2017, n.º 2, p. 144 y ss.

<sup>284</sup> Nótese en tal sentido, G. KHAIRALLAH, “Aspects européens et internationaux du nouveau divorce par consentement mutuel”, en M.E. ANCEL, L.D’AVOUT, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS *et al* (Eds.), *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris/Madrid, LDGJ/ Iprolex, 2018, p. 965.

<sup>285</sup> Al respecto, S. CORNELOUP y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111”, *cit.*, p. 237, n.º. 55 o E. DE LOTH, “Bruxelles II ter: la refonte du règlement Bruxelles II bis vient d’être adoptée et publiée”, *La Quotidienne*, 25.7.2019.

<sup>286</sup> A. BOICHÉ, “Circulation dans l’Union européenne des conventions de divorce par consentement mutuel conventionnel”, *AJ Famille*, 2019, p. 60 y ss.

<sup>287</sup> Vid. P. HAMMJE, “Le divorce par consentement”, *cit.*, p. 152.

<sup>288</sup> DRE n.º 238/2001, Série I-A de 13.10.2001.

<sup>289</sup> El precepto establece en su apartado 3 que en la Oficial del Registro Civil se informará a los cónyuges que deseen divorciarse de mutuo acuerdo de la existencia de los servicios de mediación y que puede incluir un acuerdo sobre el ejercicio de la responsabilidad parental –“poder paternal”- que deberá ser enviado al Ministerio Fiscal competente para que se pronuncie (ap. 4). Si el Ministerio Fiscal entiende que en el acuerdo no se protegen suficientemente los intereses de los menores, puede solicitar su revisión o la presentación de uno nuevo (ap. 5). Por contra, si entiende que sí se defienden suficientemente los intereses de los menores, se decreta el divorcio y se inscriben los acuerdos relacionados con estos: por ejemplo, los apuntados en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental.

<sup>290</sup> Art. 50.3: “*An agreement confirmed by the Municipal Board of Social Welfare shall be enforceable like a final court order*”.

**109.** Previsiblemente, pronto contaremos con algunas claves adicionales para evaluar la situación. El artículo 103 del Reglamento exige a los Estados comunicar antes del 31 de abril de 2021, cuales son los distintos órganos y autoridades a los que refieren los diversos preceptos del texto reglamentario, incorporándose las referencias en el portal de e-justice de la Unión. Ello debería ofrecer algunas claves sobre los acuerdos, al menos en materia de responsabilidad parental, a los que refiere el Reglamento<sup>291</sup>.

**110.** En todo caso, la solución recogida respecto de esta específica categoría de acuerdos plantea, al menos tres interrogantes, de naturaleza y trascendencia diversa, directamente vinculados entre sí.

- 1) En primer lugar, en relación con aquellos acuerdos que refieren exclusivamente a la responsabilidad parental y, más en concreto, a la sustracción del menor, se plantean dudas sobre su misma existencia y contenido, y sobre su aceptación en el plano comparado europeo. Y, por lo tanto, en torno a la virtualidad real de la solución adoptada en el Reglamento, atendida la existencia de unos intereses, los del menor, diferentes de los de los progenitores. Y al hecho adicional de que en muchos casos deberán de reconocerse y, en su caso ejecutarse, fuera de Europa dada la propia realidad del fenómeno de la sustracción internacional de menores. Lo que suscita, adicionalmente, la cuestión de la relación del Reglamento con otros textos convencionales como los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996<sup>292</sup>.
- 2) En segundo lugar, y directamente vinculado a lo anterior, también está en liza la eficacia del eventual acuerdo alcanzado, dentro o fuera del marco de una mediación, en relación con la crisis matrimonial, en el que, adicionalmente, se aborden cuestiones de responsabilidad parental y sustracción de menores, entre otras muchas posibles; los conocidos como “package agreements”<sup>293</sup>. Una realidad habitual y sensible por la presencia de uno o varios menores<sup>294</sup> y que plantea directamente la cuestión de su circulación<sup>295</sup>, que se ve, ahora, amparada y facilitada con la nueva regulación recogida en el Reglamento Bruselas II ter. Y para la que se establecen dos vías semejantes pero diferenciadas, al distinguirse entre los acuerdos concernientes a las crisis matrimoniales, recogidos en el artículo 65.1 del Reglamento, y las referentes a la responsabilidad parental, reguladas en el artículo 65.2 del texto, como forma de canalizar los efectos del compromiso alcanzado.

<sup>291</sup> Algunas, ciertamente, ya son previsibles. El caso francés, de nuevo, es clarificador. Vid. al respecto, 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, JORF n° 302, de 29.12.2016.

<sup>292</sup> Una aproximación a esta problemática se encuentra en M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del exequátur del mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis”, en J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ y L. GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 83 y ss.

<sup>293</sup> Al respecto, M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “La ejecución de los acuerdos”, *cit.*, pp. 43 y 46.

<sup>294</sup> Este carácter sensible se observa, por ejemplo, en el mencionado Cc francés. La posibilidad prevista en el art. 229-1 Cc se ve excepcionada por el propio texto en aquellas ocasiones en que existe un menor. Así, en primer lugar, el art. 229-2 Cc explicita que “*Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque: 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge*”. Exigiendo el art. 229-3 Cc, so pena de nulidad, que el acuerdo de divorcio alcanzado por los cónyuges incorpore, entre otras exigencias de contenido, “*6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.*” Algo que reitera, en sentido negativo, el art. 1144-2 CPC. Al respecto, vid. *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* (JUSC1638274C), BOMJ, n° 2017-06 de 30.6.2017, pp. 8 y 14-15 o J.-S. QUÉGUINER: “Le divorce sans juge”, *cit.*, p. 2.

<sup>295</sup> En relación con la práctica del mencionado art. 229-1 Cc francés, se señala como la citada Circular de 26.1.2017 (vid. nota anterior) explicita que la eventual circulación quedará reputada del divorcio, y no así de los eventuales efectos sobre la responsabilidad parental que puedan incorporarse (vid. G. KHAIRALLAH, “Aspects européens et internationaux”, *cit.*, pp. 969-970). De tal suerte que el notario francés “*ne pourra pas délivrer le certificat visé à l'article 41 du règlement du 27 novembre 2003 et devra refuser toute requête en ce sens*” (*Circulaire du 26 janvier 2017, cit.*, p. 26).

- 3) Por último -y éste es un tema ya apuntado, directamente vinculado con lo anterior- los acuerdos concluidos en el ámbito de las crisis matrimoniales que incorporen soluciones en materias no cubiertas por el Reglamento de 2019, o abordadas por otros Reglamentos en que no se prevea la circulación de este tipo de acuerdos, verán sometida -y generalmente limitada- su eficacia en lo referente a estas cuestiones, a lo dicho por éstos<sup>296</sup> o, en su caso, por la legislación nacional. Así, por ejemplo, y en relación con el Reglamento sobre alimentos que no prevé específicamente la eficacia de este tipo de acuerdos<sup>297</sup>, la efectividad del compromiso concluido por las partes se verá directamente afectada; dado que, dependiendo de su contenido, el compromiso alcanzado circulará solo parcialmente en el seno de la UE.

## **b) Reconocimiento y, en su caso, ejecución de acuerdos en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores**

**111.** A partir de la consolidación de estas tres categorías de títulos, el Reglamento articula diversos regímenes para su eficacia. Así, en primer lugar, y en relación específicamente con los acuerdos concluidos por las partes -en el marco de una mediación o de otro medio alternativo de resolución de controversias en materia de responsabilidad parental- que sean objeto de aprobación por “el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales”, el Considerando 14, deja claro que la eventual resolución judicial homologando el acuerdo “debe ser reconocid(a) o ejecutad(a) como una «resolución»” siguiendo las reglas recogidas en el Reglamento en relación con ellas.

**112.** Junto a ello, añade el Considerando 14, cualquier otro acuerdo “que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas del presente Reglamento sobre documentos públicos y acuerdos”<sup>298</sup>. En tal sentido, el artículo 64 del Reglamento Bruselas II ter avanza el diseño de un conjunto de normas comunes sobre el reconocimiento, y eventual ejecución, de los “documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y ... los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”.

**113.** El régimen diseñado para los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados oficialmente como documentos públicos en cualquier Estado miembro, en materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento<sup>299</sup>, es el mismo aplicable a la circulación de aquellos acuerdos que, sin ser documentos públicos, hayan sido firmados por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento<sup>300</sup>. Y que, adicionalmente, hayan sido registrados por una autoridad pública comunicada a la Comisión “en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”<sup>301</sup> del texto reglamentario, en el que se recogen las normas de competencia judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y “tengan efecto jurídico vinculante y tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen. Unos y otros -documentos públicos y acuerdos- se reconocerán y, en su caso, ejecutarán en otros Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva”<sup>302</sup>, esto es, sin necesidad de *exequatur*, en los términos y de acuerdo con las disposiciones del Reglamento.

<sup>296</sup> Al respecto, E. GALLANT, “Le nouveau Règlement”, *cit.*, p. 3; *Circulaire du 26 janvier 2017*, *cit.*, p. 26.

<sup>297</sup> Su art. 2.3.b) incluye dentro de la categoría genérica de “documento público con fuerza ejecutiva” a “un acuerdo en materia de obligaciones de alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas del Estado miembro de origen o formalizado por ellas”.

<sup>298</sup> Considerando 14 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>299</sup> De acuerdo con la descripción aportada por su art. 2.2.2.

<sup>300</sup> Vid. S. CORNELOUP y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111”, *cit.*, p. 238.

<sup>301</sup> Art. 2.2.3 Reglamento Bruselas II ter.

<sup>302</sup> Art. 65.2 Reglamento Bruselas II ter.

**114.** Focalizándonos exclusivamente en esta particular categoría de acuerdos prevista en el Reglamento, el artículo 66.5 del texto reglamentario da un paso significativo sobre el modelo diseñado en el Reglamento Bruselas II bis, y requiere la presentación del certificado<sup>303</sup> regulado en los apartados 1 a 4 de dicho precepto para sean reconocidos o ejecutados en otro Estado miembro.

**115.** En este sentido, y conectando precisamente con lo anterior, el artículo 66.1 del Reglamento Bruselas II ter especifica que, a instancia de una parte, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen que en su día se comuniquen a la Comisión con base en el artículo 103 del Reglamento Bruselas II ter, “expedirán un certificado de documento público o acuerdo: ... b) en materia de responsabilidad parental, utilizando el formulario que figura en el anexo IX”, rellenado en la lengua del acuerdo, o en cualquier otra lengua oficial de las instituciones de la UE solicitada por las partes<sup>304</sup>. En dicho certificado, y tal como añade el precepto, “constará un resumen de la obligación con fuerza ejecutiva que esté incluida en el documento público o acuerdo”.

**116.** El certificado recogido en el Anexo IX –“relativo a un documento público o un acuerdo en materia de responsabilidad parental”- se expide a instancia de parte “únicamente si el Estado miembro que haya facultado a la autoridad pública u otra autoridad para registrar el acuerdo tenía competencia con arreglo al capítulo II, sección 2, del Reglamento”, según se indica en el punto 2 del certificado y, además, el acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en dicho Estado miembro, según se indica en los puntos 12.5 o 13.4<sup>305</sup>. No pudiendo emitirse, “si existen indicios de que el contenido del documento público o acuerdo es contrario al interés superior del menor”<sup>306</sup>.

**117.** El apartado 2 de este artículo 66 fija una serie de condiciones sin cuyo cumplimiento no cabe expedir el certificado. Hasta el punto de que, tal como prevé el artículo 67.2 del Reglamento, podrá ser revocado caso de no cumplirse. Se requiere, así, como destaca el propio certificado en su cabecera, que el Estado miembro que haya facultado a la autoridad pública o a otra autoridad para registrar el acuerdo concluido y firmado por las partes, sea competente con arreglo al capítulo II del Reglamento que contiene las normas de competencia judicial internacional. Y que, además, el acuerdo cuente con “efecto jurídico vinculante en dicho Estado miembro”. En todo caso, se añade, no podrá producirse la expedición del certificado en materia de responsabilidad parental, apunta el apartado 3 del precepto, “si existen indicios de que el contenido del documento público o acuerdo es contrario al interés superior del menor”.

**118.** El reconocimiento y, en su caso, ejecución del acuerdo concluido y firmado por las partes, y registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión por los Estados miembros de la UE en materia de responsabilidad parental, se presume al amparo del artículo 65.2 del Reglamento Bruselas II ter. En este sentido, el legislador europeo considera que todos aquellos acuerdos entre partes en materia de responsabilidad parental que cuenten con fuerza ejecutiva en un Estado miembro, y que, tal como precisa el artículo 65.2 “tengan efecto jurídico vinculante” para las partes, “deben asimilarse a «resoluciones» a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución” recogidas en el texto reglamentario<sup>307</sup>. Y, en tal sentido, el reconocimiento y la eventual ejecución tan sólo “deberá denegarse” por parte de las autoridades del Estado miembro requerido -es por lo tanto una exigencia, no una simple posibilidad- cuando se den alguna de las circunstancias fijadas de forma exhaustiva por el artículo 68.2 del Reglamento.

<sup>303</sup> Un certificado ya previsto en los arts. 39 y 41 del Reglamento Bruselas II bis, con notables diferencias en su trascendencia entre uno y otro (Vid. P. HAMME, “Le divorce par consentement”, *cit.*, p. 152) que ahora, sin embargo, ve radicalmente incrementada su regulación y su trascendencia en el marco del régimen de eficacia extraterritorial de los documentos públicos y ciertos acuerdos diseñado en el Reglamento Bruselas II ter.

<sup>304</sup> Tal como afirma el art. 66.4 Reglamento Bruselas II ter. En relación con dicho certificado, nótese, igualmente, el art. 67, sobre rectificación o revocación.

<sup>305</sup> Tal como recoge el Anexo IX del Reglamento Bruselas II ter.

<sup>306</sup> Tal como recoge el Anexo IX del Reglamento Bruselas II ter.

<sup>307</sup> Considerando 70 del Reglamento Bruselas II ter.

**119.** En concreto se trata de las siguientes causas:

- 1) Si su reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se invoca tal reconocimiento, “teniendo en cuenta el interés superior del menor”<sup>308</sup>; o
- 2) A petición de cualquier persona que alegue que el documento público o el acuerdo infringe su responsabilidad parental, “si el documento público se hubiere formalizado o registrado, o el acuerdo se hubiere celebrado y registrado, sin la participación de dicha persona”<sup>309</sup>; o
- 3) En el caso de que fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con una resolución, un documento público o un acuerdo posterior en materia de responsabilidad parental dictado en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento o se solicita la ejecución<sup>310</sup>; o
- 4) Si fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con una resolución, un documento público o un acuerdo posterior en materia de responsabilidad parental dictado en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, “siempre y cuando la resolución, el documento público o el acuerdo posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que se invoca el reconocimiento o se solicita la ejecución”<sup>311</sup>. Lo que, en última instancia, supone atribuir de forma indirecta efectos en la UE a un acuerdo alcanzado fuera de las fronteras de la Unión.

**120.** Adicionalmente, añade el artículo 68.3 del Reglamento, el reconocimiento o la ejecución de un acuerdo en materia de responsabilidad parental “podrá denegarse... si ... el acuerdo se hubiere registrado, sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión”. Una exigencia, didáctica, enunciada en términos potenciales que, sin embargo, presenta matices y contradicciones interesantes en cuanto a su funcionamiento, a la vez que plantea de lleno la cuestión del compromiso del Reglamento Bruselas II ter con la audiencia del menor. Precisamente, uno de los elementos más destacados del texto de 2019<sup>312</sup>.

#### **d) La audiencia del menor como novedad del Reglamento Bruselas II ter y su salvaguarda en relación con la eficacia de los acuerdos alcanzados por las partes en relación con la responsabilidad parental y la sustracción de menores**

**121.** El Reglamento Bruselas II ter supone un paso adelante en relación con la aceptación del derecho del menor a ser escuchado en todos los procesos y actuaciones administrativas que le conciernen, respecto del texto de Bruselas II bis, en el que esta posibilidad no siempre aparecía suficiente nítida<sup>313</sup>. Ahora, el artículo 21 del Reglamento explicita de forma clara e individualizada, el “Derecho del menor a expresar sus opiniones”, señalando en tal sentido, en su apartado 1, que los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, “de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado”. Añadiendo en el apartado 2 que, cuando el órgano jurisdiccional, “de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez.”

<sup>308</sup> Art. 68.2.a) Reglamento Bruselas II ter.

<sup>309</sup> Art. 68.2.b) Reglamento Bruselas II ter.

<sup>310</sup> Art. 68.2.c) Reglamento Bruselas II ter.

<sup>311</sup> Art. 68.2.a) Reglamento Bruselas II ter.

<sup>312</sup> Al respecto S. CORNELOUP y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111”, *cit.*, pp. 227-228.

<sup>313</sup> El Considerando 19 del texto de 2003 destacaba el importante papel desempeñado por la audiencia del menor “en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia” y esta exigencia venía recogida en diversos preceptos –arts. 11.2 y 5, 23.b), 41.2.b) y c) y 42.2.a) y b)-. Al respecto, vid. TH. KRUGER y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, vol. 12-1, 2016, pp. 156-158. Igualmente, COMISIÓN EUROPEA, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Bruselas, Unión Europea, 2014, pp. 76-80.

**122.** Una posición acorde con lo señalado por la mencionada Observación General n.º 14, en el sentido de que los “Tribunales” –incluyéndose bajo esta denominación al arbitraje, la conciliación y la mediación– “deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente”<sup>314</sup>.

**123.** En línea con ello, el artículo 26 del Reglamento recoge, igualmente, el “Derecho del menor a expresar su opinión en los procedimientos de restitución”. Señalando el párrafo 2 del precepto que el mencionado artículo 21 del texto de 2019 será, igualmente, de aplicación “a los procedimientos de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980.”

**124.** El mandato del artículo 68.3 del Reglamento, en relación con la posibilidad de denegar el reconocimiento o la ejecución de un acuerdo en materia de responsabilidad parental si “el acuerdo se hubiere registrado, sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión” debe aproximarse a partir de la decisión del legislador europeo de “aclarar(r) el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten”<sup>315</sup>

**125.** Sin embargo esta posibilidad de denegar el reconocimiento, y, en su caso, la ejecución del acuerdo, por no haber asegurado al menor que cuenta con un suficiente grado de madurez la capacidad de expresar sus opiniones, contrasta severamente con el mandato claramente facultativo que recoge el Considerando 39 del propio Reglamento en relación con este punto. El Considerando afirma de forma explícita que “aunque la audición del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior, por ejemplo, en los casos que lleven aparejados acuerdos entre las partes”.

**126.** Más aún, en contraste con el fomento de la audiencia del menor que realiza el Reglamento Bruselas II ter, el Considerando 71 afirma de manera un tanto críptica que “Aunque la obligación de dar al menor la oportunidad de expresar su opinión con arreglo al presente Reglamento no debe aplicarse a los documentos públicos y los acuerdos, el derecho del menor a expresar su opinión sigue siendo de aplicación de conformidad con el artículo 24 de la Carta y a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño conforme a su aplicación con arreglo a la legislación y el procedimiento nacionales”. Y su ausencia, añade, “no debe constituir automáticamente un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental”.

**127.** En el supuesto concreto de España, este obligatorio protagonismo atribuido al órgano jurisdiccional contrasta con el tenor del artículo 778 quinquies.12) LEC, relativo al procedimiento de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, en el que no se habla de obligación sino de la mera posibilidad de que en “cualquier momento del proceso, ambas partes” puedan solicitar la suspensión de éste para someterse a mediación. A la vez que se admite que también el “Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación” si estima posible que puedan llegar a un acuerdo y, siempre, “sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso” e intentando que la duración de la mediación sea lo más breve posible y concentrada en el mínimo número de sesiones<sup>316</sup>. Se trata, en suma, como apunta la SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2014<sup>317</sup>, de recomendarles que, “si, pese a intentar llegar a otros acuerdos, ... no lograran coincidencias en la forma de dirimir las diferencias, acudan a un mediador o a una entidad mediadora, ... pues lo único que se consigue con una actitud beligerante, acudiendo reiteradamente a los Tribunales para dirimir sus controversias, es perturbar la tranquilidad de las menores, tan necesaria para su correcto y sano desarrollo integral”.

<sup>314</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 14, cit.*, p. 9, n.º 29.

<sup>315</sup> Considerando 2 del Reglamento Bruselas II ter.

<sup>316</sup> En relación con la práctica del modelo, vid. A. GARCÍA HERRERA, “Reestructuración de la familia”, *cit.*, pp. 10-11.

<sup>317</sup> N.º 596/2014, FD.º Segundo, TOL 4.538.290.

**128.** El Considerando 71 refiere al acuerdo, en el sentido que se le atribuye en el artículo 2.2.3 del Reglamento, alcanzado en el marco de una mediación o fuera de ella, que recoge lo acordado por las partes. La referencia a la audiencia del menor, como manifestación de la consideración primordial del interés superior en todos los procesos que le afectan, pareciera centrarse, tanto en la conclusión misma del acuerdo por las partes<sup>318</sup>, como en la autorización por la autoridad, en línea con lo señalado por la mencionada Observación General n.º 14 del Comité de los derechos del niño que refiere esta exigencia, también, “a los procesos de conciliación, mediación y arbitraje”<sup>319</sup> en cuanto el niño puede verse afectado por ellas, y lo pactado puede contar “con repercusiones importantes” en su vida y desarrollo<sup>320</sup>.

**129.** En tal sentido, el propio certificado relativo a un documento público o un acuerdo en materia de responsabilidad parental emitido al amparo del artículo 66.1.b) de éste, y que viene recogido en el Anexo IX del Reglamento Bruselas II ter, incorpora un apartado 10, en el que se informa del hecho de si el menor o los menores a los que se refiere el documento público o acuerdo -indicados en el punto 6 del certificado- han sido efectivamente capaces de formarse su propio juicio. Requiriendo, en tal caso, información –apartado 11- sobre si se ha dado al menor o menores capaces de formarse su propio juicio “la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión”.

## V. Qué será, será (Whatever will be, will be)

**130.** El Reglamento Bruselas II ter supone un paso más en el proceso del fomento de la mediación y de otros medios de resolución alternativa de conflictos en el seno de la UE, siendo este mismo hecho uno de los elementos emblemáticos del texto de 2019. A partir de este dato positivo, sin embargo, el Reglamento plantea una serie de cuestiones, tanto en relación con las soluciones diseñadas, como con respecto a su propia filosofía y anclaje en el modelo europeo de DIPr.

**131.** En relación con las primeras, si bien en cuanto a su contenido, las soluciones recogidas en el Reglamento incorporan un tratamiento innovador, y positivo, respecto la circulación en el seno de la Unión de ciertos acuerdos. La consolidación de una categoría autónoma de “acuerdo” en el Reglamento, independiente de los documentos públicos, pero que comparte con éstos el modelo de reconocimiento y ejecución diseñado, suscita directamente la cuestión de su concreción y entendimiento. Generando, igualmente, dudas sobre su virtualidad y proyección práctica, máxime cuando la práctica refleja la habitual existencia de “package agreements”, en un ámbito temático tan complejo como es el de la responsabilidad parental y, especialmente, el del secuestro de menores. Habrá que esperar al futuro para ver cómo evoluciona la práctica del modelo, y evaluar hasta qué punto las reglas diseñadas se convierten en un acicate o en una rémora para el fomento de los MASC en este sector.

**132.** Junto a ello, la ampliación de la potencial circulación a ciertos acuerdos, en general, y no, estrictamente, a los alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación, además de suponer un intento de superar, en línea con lo acontecido en otros foros internacionales, las limitaciones intrínsecas de la institución –recordemos, anclada en la imprescindible participación de un mediador–. Soslayando la cuestión –de base– de justificar cuáles son las diferencias existentes, en lo relativo a su naturaleza, entre un acuerdo obtenido por las partes sin asistencia, o con asistencia, de un tercero<sup>321</sup>. Supone, igualmente un desbordamiento del propio marco normativo europeo, limitado a la regulación de la mediación.

**133.** En todo caso, y más allá de lo anterior, el Reglamento permite ciertas reflexiones adicionales. Desde un punto de vista teórico, se asiste a un paso adicional en el proceso de alteración del

<sup>318</sup> Algo en lo que incide la doctrina europea, al respecto, I. PRETELLI, “Child Abduction and Return”, *cit.*, p. 14.

<sup>319</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 14, cit.*, p. 8, n.º. 27.

<sup>320</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n.º 14, cit.*, p. 9, n.º. 29.

<sup>321</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018”, *cit.*, p. 64.

equilibrio interno del Derecho internacional privado, primando la dimensión de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución –el tradicional conflicto de jurisdicciones– frente al de la determinación del derecho aplicable –el conflicto de leyes–<sup>322</sup>. A la vez que, desde una perspectiva de sistema, se produce una profundización en la disgregación de la respuesta aportada, plasmada en la consolidación de una pluralidad de soluciones dependiendo del instrumento al que se pretenda dotar de eficacia en la Unión y de la materia concreta cubierta por éste<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> S. Corneloup y T. Kruger: “Le Règlement 2019/1111”, *cit.*, pp. 237-238.

<sup>323</sup> El ejemplo del régimen aplicable a los “documentos públicos”, categoría clásica recogida en los distintos textos europeos, es paradigmático al respecto. Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES: “Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 550.

# EL APOYO DE LA RED DIPLOMÁTICA Y CONSULAR A LA NUEVA EMIGRACIÓN ESPAÑOLA: PAPEL DE LAS ACTUALES CONSEJERÍAS DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL EXTERIOR

## THE SUPPORT OF THE DIPLOMATIC AND CONSULAR NETWORK TO THE NEW SPANISH EMIGRATION: ROLE OF THE CURRENT MINISTRIES OF LABOR, MIGRATION AND SOCIAL SECURITY ABROAD

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

*Catedrática de Universidad de Derecho internacional privado  
Universidad de Jaén*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6254>

**Resumen:** La economía española sigue estando basada de forma casi principal en el sector servicios y en la construcción y, por ello, la mano de obra barata sigue siendo el principal empleo de los jóvenes, que, sin embargo, desean encontrar una ocupación que sea conforme con su formación. Se realiza un estudio acerca del papel que desempeñan las Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad social en orden a la protección socio-laboral de los españoles que emigran al extranjero, en especial, tras la remodelación ministerial llevada a cabo por el Gobierno de España (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de un lado, y Ministerio de Trabajo y Economía social, de otro). Y ello en una perspectiva histórica y en el marco normativo que proporcionan la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado y la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía española en el exterior.

**Palabras clave:** emigración española, Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad social, protección social, Consejos de Residentes españoles, Consejo General de la Ciudadanía española en el exterior, coordinación administrativa

**Abstract:** The Spanish economy continues to be based almost mainly on the services sector and construction and, therefore, cheap labor continues to be the main employment of young people, who, however, want to find an occupation that is in line with their training. A study is carried out on the role played by the Labor, Migration and Social Security Ministries in order to protect the social and labor of Spaniards who emigrate abroad, especially after the ministerial remodeling carried out by the Government of Spain (Ministry of Inclusion, Social Security and Migrations, on the one hand, and Ministry of Labor and Social Economy, on the other). And this in a historical context and in the regulatory framework provided by Law 2/2014, of March 25, on Action and the Foreign Service of the State and Law 40/2006, of December 14, of the Statute of Spanish citizenship abroad

**Keywords:** Spanish emigration, Ministries of Labor, Migration and Social Security, social protection, General Council of Spanish Citizens abroad, Councils of Spanish Residents, administrative coordination

---

\*Esta aportación se enmarca en el Proyecto I+D+I: “Instrumentación normativa de la política de retorno de los emigrantes españoles y la atracción de talent global”, concedido en el marco de la Convocatoria 2018 de Proyectos Retos del Programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad. Ref.: RTI2018-099274-B-I00. IP: J.A. Fernández Avilés y M<sup>a</sup> D. García Valverde.

**Sumario:** I. Antecedentes y marco legislativo actual. 1. Evolución del tratamiento de la emigración en la legislación española. 2. Inicio de la protección diplomática y consular de la emigración: política convencional II. Autoridades diplomáticas y consulares. 1. Breve presentación. 2. Las Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el exterior. 3. Coordinación administrativa y cuestiones competenciales. III. Funciones relacionadas con la emigración. 1. Especial consideración hacia las personas emigradas españolas. 2. Los Consejos de residentes adscritos a las oficinas consulares de España. IV. Funciones relativas al empleo y protección social de los españoles en el extranjero. 1. Formación y orientación para el empleo y la ocupación. 2. Prestaciones sociales y asistenciales. V. Consideraciones finales y conclusiones.

## I. Antecedentes y marco legislativo actual

### 1. Evolución del tratamiento de la emigración en la legislación española

1. Como es sabido, España ha pasado en poco tiempo de ser un país receptor de personas inmigrantes, a emisor (de nuevo), en especial, de jóvenes, que no encuentran un empleo estable ni de calidad en este país<sup>1</sup>. Las circunstancias que han determinado este cambio de tendencia están muy condicionadas por la persistente crisis económica (desde 2008 hasta hoy), agravada, sin duda, por la actual pandemia. Por tanto, en el momento actual y desde hace ya casi una década, los jóvenes españoles, así como las personas que están en edad de trabajar, han ido en busca de empleo al extranjero, sea a otro Estado parte de la Unión Europea (en adelante, UE), sea a América Latina o a otros países (en particular, EEUU y Canadá).

Desde el final de la década de los años 90 del siglo XX se asiste al cambio de tendencia de los desplazamientos de personas que tiene lugar no ya tanto hacia España sino desde España hacia el exterior con el objetivo de mejorar las condiciones de vida y económicas<sup>2</sup>. Se trata de lo que la anterior Ministra de Trabajo (Gobierno del Partido Popular) denominaba “movilidad exterior” de los jóvenes.

2. De otro lado, cada Gobierno de cada Estado cuenta con Embajadas y Consulados en el exterior, que lo representa y, al mismo tiempo, cumplen determinadas funciones relacionadas con los nacionales de dichos países que se encuentran en el extranjero, constituyendo el cauce a través del cual se lleva a cabo la política española de protección y salvaguardia de los derechos de las personas emigradas españolas. En concreto, a través de las actuales Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad social en el exterior) (anteriores Consejerías de Empleo y Seguridad Social y, a su vez, antiguas Agregadurías laborales), reguladas por el Real Decreto 1052/2015, de 20 de noviembre, por el que se establece su estructura, organización, funciones y provisión de puestos de trabajo<sup>3</sup>.

En esta sede se analiza el papel que desempeñan tales oficinas en el ámbito genérico de la emigración y, en concreto, para la tutela de los derechos socio-laborales de los españoles que se encuentran en el exterior, al tratarse de desplazamientos que tienen lugar para realizar una actividad laboral por

<sup>1</sup> Véanse, entre otras aportaciones sobre este particular, M. RÍQUEZ: “Exiliados económicos. Jóvenes españoles en el extranjero”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 2016, nº 132, pp. 187 y ss; AAVV, *La emigración de los jóvenes españoles en el contexto de la crisis. Análisis y datos de un fenómeno difícil de cuantificar*, Instituto de la Juventud, 2014; C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ/J.P. MARTÍNEZ ROMERA, “La emigración española cualificada tras la crisis. Una comparación con la italiana, griega y portuguesa”, *Revista Migraciones*, 2017, nº 43, pp. 117 y ss; J.A. MARMOLEJO MARTÍN, “Perfil demográfico de la emigración española desde la crisis económica de 2008” en, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (dir.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 73 y ss.

<sup>2</sup> En concreto, entre los cinco primeros países destino de la emigración española, tres son de la UE, de un lado y, de otro, que los que emigran son muchos más de los que indican las cifras españolas (véase, A. GONZÁLEZ FERRER, “La nueva emigración española. Lo que sabemos y lo que no”, *Zoompolítico*, 2013, nº 18, p. 6). En todo caso, se hace referencia a la creciente laboralización de los flujos españoles de emigración desde que comenzó la crisis, sin que pueda saberse si se trata de personas más cualificadas o no (*ibid.*, p. 12). Por último, la cifra de personas españolas que residen en el extranjero puede también conocerse a partir de los datos que proporciona el Censo Electoral de Españoles Residentes en el Extranjero (CERA).

<sup>3</sup> BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2015. Este RD ha sido modificado por el RD 499/2020, de 28 de abril (BOE nº 121, de 1 de mayo de 2020).

cuenta ajena –de forma preferente-<sup>4</sup>. Y, de forma particular, su participación desde la perspectiva del empleo y ocupación de los españoles en el extranjero u otros aspectos relacionados con su desenvolvimiento en el extranjero cuando este desplazamiento se realiza por razones socio-económicas<sup>5</sup>.

3. No se trata –por ello- el caso de los expatriados, que trasladan su residencia al extranjero por razones de movilidad relacionadas con la empresa en la que prestan sus servicios<sup>6</sup>. Tampoco se hace referencia a los españoles que desempeñan su actividad laboral al servicio de las Embajadas o consulados españoles en el extranjero<sup>7</sup>.

4. Nos centraremos en las cuestiones que suscita la emigración de españoles al extranjero por razones laborales, de la que se ha ocupado el legislador español, en concreto, en el Estatuto de la Ciudadanía española en el exterior, aprobado por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre (en adelante, LECEX)<sup>8</sup>. Se considera la primera ley española que ha reconocido a la “comunidad emigrante española

<sup>4</sup> En ocasiones, puede tratarse de la primera ocupación del español que se desplaza al extranjero. Si bien no pueden aportarse datos completamente fiables acerca del número de personas jóvenes que encuentran su primer empleo en el extranjero, los medios de comunicación y las informaciones de las que se dispone por otros cauces, permiten hacer esta afirmación, en particular, en el caso de titulados superiores o personas con elevada especialización. De otra parte, las oficinas diplomáticas y consulares también tienen funciones en el ámbito de la promoción de las empresas españolas y de los empresarios de España. Y, en concreto, las oficinas comerciales españolas en el exterior realizan dicha tarea, de la que no se da cuenta en esta sede. Y ello sin perjuicio del reconocimiento del papel de los sindicatos y organizaciones empresariales en aquellas materias que afecten a la representación y defensa de los intereses que le son propios (art. 14 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, citada *infra*). Véase extensamente, A. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Capítulo XVI. Los sindicatos y las organizaciones empresariales y la emigración” en, A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 463 y ss.

<sup>5</sup> Por tanto, no se da cuenta de la asistencia o atención que se presta a los españoles que se encuentran en el extranjero por otros motivos (vacaciones, familiares, etc). De otro lado, si bien podría presentar interés establecer las diferencias entre los actuales desplazamientos de españoles al extranjero por razones laborales a los países que forman parte de la UE o a Estados terceros, no se trata ésta de una clasificación que presente tampoco especial interés en esta sede, al presentar escasa relevancia desde la perspectiva de la intervención de las autoridades diplomáticas y consulares españolas en el exterior. En concreto, el papel de las oficinas diplomáticas y consulares españolas no difiere esencialmente cuando se encuentran en el territorio de Estados de la UE (si se compara con el caso de otros países). En todo caso, como es sabido, los nacionales de la UE ostentan un conjunto de derechos y prerrogativas propios, como consecuencia de su reconocimiento como “ciudadanos de la Unión”. Véase, en particular, E. PÉREZ VERA, “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité et condition des étrangers». *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye.*, tomo 261 (1996); *id.*, “Ciudadanía y nacionalidad de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2014-2015, n° 27-28, pp. 215 y ss.

<sup>6</sup> Esta movilidad se relaciona con el desempeño del trabajo y, por tanto, no puede considerarse por razones de emigración (movilidad en el empleo). Ahora bien, debe diferenciarse también el caso de las personas que se encuentran en el extranjero en un Estado parte de la UE las que residen de forma habitual en otro Estado distinto, en la medida en que existe normativa europea referida –en particular- a la Seguridad social. Sin embargo, en la medida en que el propósito de este estudio no se centra en el análisis del régimen europeo de la Seguridad social, no se dará cuenta del mismo, sin hacer referencia a las funciones que corresponden a las autoridades de los Estados parte relacionadas, principalmente con la coordinación, conforme al criterio de “caja única” y al principio de totalización de los períodos cotizados en cada uno de los Estados parte. Véase, entre otras aportaciones, F. Rubio Velasco, “Movimientos transnacionales de trabajadores y derechos de Seguridad social” en, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (dir.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 449 y ss.

<sup>7</sup> Como es sabido, cada una de estas modalidades cuenta con regímenes laborales especiales, así como de protección social, de un lado y, de otro, estas personas no son propiamente emigrantes que se han desplazado al extranjero por razones socio-económicas. Por el contrario, desempeñan habitualmente una actividad para una empresa o son trabajadores contratados al servicio de algún organismo público español en el extranjero (oficinas comerciales, etc). Si bien puede discutirse el hecho de que puedan considerarse comprendidas en el concepto genérico de emigración, que define la Ley 40/2006, no se tratan en esta sede, al contar –cada una de estas modalidades de desplazamiento- con fuertes particularidades, que no se relacionan de una forma tan específica con la labor de tutela que corresponde realizar al Estado para la defensa de los intereses de los españoles en el exterior en relación con sus derechos socio-laborales. Véase extensamente, M<sup>a</sup> L. TRINIDAD GARCÍA./J.B. FUENTES MAÑAS., “Marco jurídico de la movilidad internacional de los españoles por razones de trabajo” en, J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Estudios de Derecho y ciudadanía en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 263 y ss.

<sup>8</sup> BOE n° 299, de 15 de diciembre de 2006. Véase, *inter alter*, , A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009; J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Estudios de Derecho y ciudadanía en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

en el extranjero” como un auténtico capital social”<sup>9</sup>. Ha tratado de dar respuesta a las demandas de los distintos sectores de la emigración, del exilio y de los retornados<sup>10</sup>.

Y, en concreto, indica la necesidad de establecer una “política integral de emigración y de retorno” para la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los emigrantes, exiliados y descendientes de ambos<sup>11</sup>. Antes de analizar su contenido centrado en los aspectos laborales, cabe realizar algunas consideraciones -de una forma breve- de sus antecedentes<sup>11</sup>. En este sentido, como es sabido, durante los s. XIX y XX se produjeron oleadas de exiliados políticos de distintas orientaciones y signos<sup>12</sup>.

En este contexto, las primeras leyes sobre la emigración datan de 1907 (Ley de emigración, de 21 de diciembre de 1907)<sup>13</sup> y 1924 (Ley de emigración, de 20 de diciembre de 1924), que nacieron con el mero objetivo de proclamar la libertad de emigración (sin necesidad de una autorización administrativa para ello) y de propiciar los desplazamientos de los españoles al extranjero, sin que se contemplasen medidas específicas de protección una vez instalados en el país de acogida (EM de la LECEX)<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Véase, J. M<sup>a</sup> GOIG MARTÍNEZ, “Derechos de la ciudadanía española en el exterior”, *Revista de Derecho UNED*, n<sup>o</sup> 7, 2010, p. 346.

<sup>10</sup> Véase, en particular, A.V. SEMPERE NAVARRO, “Capítulo III. El Estado social ante los ciudadanos expatriados” y C. SÁNCHEZ TRIGUERO/ M<sup>a</sup> B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Capítulo V. Objetivos de la Ley 40/2006 y normas concordantes”, ambas aportaciones publicadas en la obra colectiva, A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 81 y ss. y 143 y ss, respectivamente.

<sup>11</sup> En concreto, el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (CGCEE) es un órgano de carácter consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Véase, el RD 230/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo General de la Ciudadanía española en el exterior (BOE n<sup>o</sup> 41, de 16 de febrero de 2008). También cabe destacar la creación del Portal de la Ciudadanía Española en el Exterior. Sitio web oficial: <http://www.ciudadaniaexterior.empleo.gob.es/index.htm>

<sup>12</sup> Por ello, puede decirse que la principal razón de la emigración de españoles en este concreto momento histórico es la Guerra Civil y la posterior dictadura, que, como régimen político, se ha mantenido en España durante más de 40 años. Por este motivo, cabe referirse en este período, en particular, a las personas que emigraban por razones preferentemente políticas y, por tanto, se trataba, más bien, de exiliados, que, sin embargo, tenían que desenvolverse en países extranjeros, en los que debían trabajar para ganarse la vida, así como sus familias. Ahora bien, se señala que la emigración ha sido una realidad casi estructural en España, si se toman en cuenta los importantes desplazamientos de población que tuvieron lugar tras la colonización de América [véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección de los emigrantes: artículo 42”, en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, EDESA, Madrid 1996-1999, p. 137].

<sup>13</sup> Dicha Ley contó también con un Reglamento para su aplicación, de 30 de abril de 1908.

<sup>14</sup> Esta ley tenía un carácter netamente tutelar, con la finalidad de evitar los abusos que se producían en las fases de reclutamiento y transporte de los españoles que se desplazaban al extranjero (véase, R. ARAGÓN BOMBÍN, “La emigración española a través de la legislación y de la organización administrativa”, *Economía y Sociología del trabajo*, 1990, n<sup>o</sup> 8-9, p. 61). Para este fin, crea el Consejo Superior y la Inspección y la Caja de Emigración, que pretendían financiar la actuación administrativa a favor de los emigrantes (*ibid.*, p. 64). Ahora bien, ha de citarse con anterioridad en el tiempo la Real Orden Circular, de 16 de septiembre de 1853, del Ministerio de la Gobernación, de reglamentación de la emigración a las colonias españolas y a los Estados de América, intitulada “Regularizando la emigración para las colonias españolas y para los Estados de América”, cuya regla primera disponía que: “la emigración se permite únicamente para las colonias españolas y para los Estados de América del Sur y de México donde existan representaciones o delegados de su Majestad, que puedan prestar a los emigrantes la protección necesaria” (Gaceta de 22 de septiembre). Se trata de la primera regulación española que favorece la emigración, que levanta la prohibición de emigrar por el hecho de haber cesado en dichos países el Estado de agitación y haberse establecido agencias diplomáticas y representantes del Gobierno español (véase, J. I. CASES, “Protección...”, *loc. cit.*, p. 140; C. SÁNCHEZ TRIGUERO/ M<sup>a</sup> B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Capítulo V. Objetivos de la Ley 40/2006 y normas concordantes” en, *Sempere Navarro*, A.V. (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 143-144). Además, entre sus objetivos básicos destaca el de: “impedir los abusos a los que suele dar lugar la codicia de los especuladores, que llevados de sórdido interés, conducen a veces a los que emigran hacinados en estrecho espacio y sin las condiciones sanitarias que el decoro, la moral y hasta la humanidad misma reclaman” (véase, R. ARAGÓN BOMBÍN, “La emigración...”, *loc. cit.*, p. 63, nota 10). De otro lado, la libertad de emigrar se reconoce en la Real Orden, de 30 de enero de 1873. Más tarde, por RD, de 18 de julio de 1881, como consecuencia de la matanza de españoles en la región de Orán (Argelia), se creó una Comisión para que estudiara las causas de la emigración y los medios para encauzarla y para proteger a los emigrantes (véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección...”, *loc. cit.*, p. 142). Y, por último, cabe referirse también a la posterior Ley de Colonización, de 30 de agosto de 1907, que pretendía combatir los males de los emigrantes, procurando subvertir a sus necesidades en los países de destino (véase, R. ARAGÓN BOMBÍN, “La emigración...”, *loc. cit.*, p. 61).

## 2. Inicio de la protección diplomática y consular de la emigración: política convencional

5. La Ley de 1907 se considera el verdadero punto de arranque de un prolífico y complicado entramado jurídico-administrativo, con un claro espíritu protector de los intereses de los españoles<sup>15</sup>. Tras su entrada en vigor, y para su desarrollo, el Reglamento, de 22 de marzo de 1917, puso en marcha la organización y el régimen de los Patronatos de emigrados españoles a América, cuya función principal era defender y proporcionar ayuda, el apoyo a la Administración española y el fomento de sociedades benéficas y patrióticas (art. 14)<sup>16</sup>.

Con posterioridad, en 1924 se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Reglamento de Emigración, a través de los que se trata de organizar un sistema de emigración para la protección del emigrante, pero sin mucho éxito<sup>17</sup>. Se crea la Dirección General de Emigración en el Ministerio de Trabajo, de la que dependen la Junta Central, las Juntas locales de cada uno de los puertos habilitados para el embarque de emigrantes y las Juntas Consulares establecidas en todos los puertos de inmigración de relevancia. Y, en concreto, cabe situar en 1932 el inicio de la protección diplomática de los españoles en el exterior, a raíz de la firma del Convenio bilateral de Emigración con Francia (Convenio de 2 de enero de 1932), al permitir la Ley de 1924 la celebración de este tipo de acuerdos<sup>18</sup>.

6. A partir de los años 50 y, en particular, durante las décadas de los sesenta y setenta, puede decirse que se trata de una emigración de tipo preferentemente económico, que se traslada a Europa, tras la SGM, a consecuencia de las necesidades de mano de obra que existen en ese momento en los países centro-europeos que han quedado devastados tras la contienda bélica<sup>19</sup>. En concreto, la Ley 93/1960, de 33 de diciembre, de Bases de Ordenación de la Emigración<sup>20</sup> y el Decreto 1000/1962, de 3 de mayo, que aprueba el texto articulado de dicha Ley, elaborados durante el régimen de la dictadura franquista, articula la política española de emigración de la época decisiva para lograr los planes de desarrollo económico<sup>21</sup>.

Se trataba de dejar de poner trabas a la emigración y de dirigir y gestionar la denominada “emigración selectiva”, que expresa el cambio que supone en este momento el hecho de que deja de ser una emigración demográfica para convertirse en económica<sup>22</sup>. La acción del Estado se articulaba a través del Instituto Español de Emigración, al que correspondía reclutar a los emigrantes, desarrollar los procesos emigratorios, la organización y ejecución de las emigraciones colectivas y las repatriaciones ordinarias<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> Véase, R. ARAGÓN BOMBÍN, “La emigración...”, *loc. cit.*, p. 61.

<sup>16</sup> En concreto, proporcionaban al emigrante servicios gratuitos tales como: acogida al desembarco, alojamiento, bolsas de colocación, cambio de moneda, ahorro y giro, asistencia legal, asistencia y guarda a solteras, embarazadas, viudas, menores o ancianos, repatriación (*ibid.*, p. 64).

<sup>17</sup> Y, en concreto, se crean las Juntas consulares de Emigración en el exterior, que tienen la finalidad de apoyar la labor tutelar de los cónsules en los países de mayor concentración de españoles (véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección...”, *loc. cit.*, pp. 143-144).

<sup>18</sup> El convenio fue aprobado por Ley de 28 de marzo de 1933. Véase, LAFERRIERE, F.J., “La inmigración española en Francia en el siglo XX: aspectos jurídicos” en, Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Estudios de Derecho y ciudadanía en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 175 y ss.

<sup>19</sup> Y, en particular, entre los factores que determinaron el citado incremento de la emigración se encuentran los aspectos demográficos, en la medida en que aumenta la natalidad, de un lado; y de otro, la expansión industrial y el crecimiento económico de los países europeos. Cabe recordar en este sentido que a principios del s. XX España era un país de economía agraria escasamente modernizada (véase, J.M<sup>a</sup>, GOIG MARTÍNEZ, “Derechos de la ciudadanía española...”, *loc. cit.*, p. 327).

<sup>20</sup> Ley nº 93, de la Jefatura del Estado, de 22 de diciembre de 1960 (*BOE* de 23 de diciembre). Cabe citar también la Ley, de 17 de julio de 1956, por la que se crea el Instituto Español de Emigración.

<sup>21</sup> *BOE* nº 116, de 15 de mayo de 1962. La Ley de 1960 reconoce de forma efusiva el “derecho a emigrar” de los españoles al extranjero, establece un sistema de control para canalizar la emigración, crea las Agregadurías Laborales para canalizar la acción protectora del Estado a los emigrantes y trata de alcanzar convenios de Emigración con los países receptores, como vehículo idóneo para reglar las corrientes de emigración, como aspectos más importantes (véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección...”, *loc. cit.*, pp. 145-146).

<sup>22</sup> Véase, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS/ M<sup>a</sup> B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Capítulo V. Objetivos de la Ley 40/2006...”, *loc. cit.*, p. 152.

<sup>23</sup> Y, para el desarrollo de los procesos migratorios, el Instituto podía establecer, previa autorización del Ministerio de Trabajo, conciertos con la Organización sindical y con las entidades emigratorias de la Iglesia. Asimismo, podía delegar funciones propias en dichos organismos y en aquellos otros que la Dirección General del Instituto declarase colaboradores de éste (art. 19, 2º del Decreto 1000/1962, de 3 de mayo) (*ibid.*).

7. La última ley relacionada con la emigración, anterior a la actual LECEX, ha sido la Ley 33/1971, de 21 de julio, que recoge como principal novedad que el español puede acogerse a programas, planes y operaciones para facilitar el empleo en el país de acogida<sup>24</sup>. Combina el principio de la libertad de emigrar, con su control y canalización hacia los países industrialmente más desarrollados de Europa Occidental, a través de la suscripción de Convenios bilaterales de Emigración y Seguridad Social<sup>25</sup>. También introdujo ayudas de carácter social, educativo y cultural así como medidas dirigidas a la formación profesional e integración social tanto en el país de acogida como en España, en caso de que tuviese lugar un retorno (canalizadas a través del Instituto Español de Emigración)<sup>26</sup>.

8. Durante este período (años sesenta y setenta del siglo pasado), la emigración española en el extranjero se saldó de forma positiva, porque los españoles tuvieron la posibilidad de obtener un buen empleo así como de ampliar sus cualificaciones profesionales, determinando, a su vez, que las remesas supusieran una reducción del déficit y, por tanto, una mejora de la economía del país, que se apreciaba en la modernización del tejido empresarial, al adquirir bienes de equipo<sup>27</sup>.

De otro lado, dicho éxito también está relacionado con la posibilidad de suscribir convenios entre el Estado español y otros Estados, a los que emigran los españoles, como se ha hecho de forma tradicional desde que España –puede decirse que- se transformó en un Estado emisor, sea por razones políticas (exiliados durante la etapa de la Guerra civil y posterior dictadura), sea por razones socio-económicas (o ambas)<sup>28</sup>. Estos convenios alcanzaron su momento más importante durante la década de los sesenta y se acompañaron de la creación de las Agregadurías Laborales en el extranjero, con el objetivo de canalizar la acción protectora del Estado hacia sus nacionales y sus familias, con el objetivo de permitir la reagrupación familiar<sup>29</sup>.

Por tanto, la presencia de la Administración española para la protección de los españoles en el exterior ha sido continuada y constante desde hace décadas y, en especial, a raíz de la aprobación de la Constitución Española, cuyo art. 42 se refiere de forma específica a este colectivo<sup>30</sup>.

## II. Autoridades diplomáticas y consulares

### 1. Breve presentación

9. Se realiza a continuación una presentación de las funciones que corresponden -de forma principal- a las autoridades diplomáticas y consulares en relación con la protección de las personas españolas

---

<sup>24</sup> BOE nº 175, de 23 de julio de 1971. Se trata de la última ley del franquismo en materia de emigración, que si bien mantiene el silencio con respecto al exilio, recoge ayudas de carácter social. En particular, incluía la asistencia social del emigrante, de manera que pudiese disfrutar de los derechos laborales y de Seguridad social en el país de destino; de medidas educativas y culturales, así como para la formación profesional e integración laboral de emigrantes y retornados. Véase extensamente, A. MADRIGAL MUÑOZ, “Atención a la Población Española Residente en el Extranjero Mayor de 65 años”, Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, 2008, nº 82, pp. 5-6.

<sup>25</sup> Véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección...”, *loc. cit.*, p. 147.

<sup>26</sup> Se constituyeron en los consulados los “Patronatos de los Emigrados españoles” como oficinas que tenían una clara finalidad de canalizar las demandas de los españoles emigrados en el exterior, antecesores de los actuales Consejos de Residentes españoles (CRE), de los que se da cuenta *infra*. Por tanto, se trataba –al igual que en la actualidad en el caso de los CRE- de un órgano de participación institucionalizada de los emigrantes españoles que se encuentran en el exterior, como mecanismo para canalizar sus demandas en relación con sus necesidades, así como las de su familia.

<sup>27</sup> Véase, J. M<sup>a</sup>, GOIG MARTÍNEZ, “Derechos...”, *loc. cit.*, p. 329.

<sup>28</sup> Véase extensamente, J. SERRANO CARVAJAL, *La emigración española y su régimen jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

<sup>29</sup> Véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección de los emigrantes: artículo 42”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, EDERSA, Madrid, 1996, p. 146.

<sup>30</sup> Véase, J. VIDA SORIA, “La salvaguardia constitucional de los derechos económicos y sociales en la emigración. Un ensayo interpretativo general del art. 42 de la Constitución de 1978” en, Cases Méndez, J.I. y otros, *Emigración y Constitución*, Instituto Español de Emigración, Madrid, 1983; J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección...”, *loc. cit.*, pp. 133-164; C. M. DÍAZ BARRADO, “La protección...”, *loc. cit.*, pp. 239 y ss; E. ROJO TORRECILLA, “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes” en, J.L. MONEREO PÉREZ/C. MOLINA/M<sup>a</sup> N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1525 y ss.

emigrantes o emigradas, con especial atención a su situación laboral y a su protección social<sup>31</sup>. En este sentido, la participación o presencia de la Administración española en el exterior se ha canalizado formalmente a través de la actuación desempeñada por las oficinas consulares y diplomáticas, de conformidad con lo que indica la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que establece el marco general de acción del Estado en el Exterior, regulando asimismo el Servicio Exterior<sup>32</sup>.

**10.** Cabe hacer algunas consideraciones previas sobre la diferencia entre las funciones consulares y las diplomáticas, que no deben confundirse. Las segundas se recogen en el Convenio de Viena, de 18 de abril de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas<sup>33</sup>, y consisten en: a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional; c) negociar con el Gobierno del Estado receptor; d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al Gobierno del Estado acreditante; e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor (art. 3).

Por su parte, el consulado es la representación de una Administración pública de un país en el extranjero<sup>34</sup>. Si bien no existe coincidencia a la hora de precisar sus orígenes históricos, cabe dar cuenta de la existencia de sus principales características durante una época próxima a las Cruzadas, coincidente con el desarrollo del comercio en el litoral del Mediterráneo. Entre sus funciones se encuentran actuar a favor de los nacionales o naturales del Estado que se encuentran en el extranjero, con el objetivo de resolver las contiendas que pudieran plantearse con arreglo a su propio ordenamiento nacional Y, en este sentido, dichas funciones se relacionan con la propia palabra en latín *consulere* (aconsejar) de la que deriva la expresión castellana.

**11.** Esta función prístina se ha mantenido hasta la actualidad, pudiendo afirmarse que la institución consular tiene como finalidad atender a las personas nacionales del Estado que lo envía y actuar en determinado tipo de negocios o actos conforme a lo que indica el ordenamiento de dicho Estado<sup>35</sup>. Su régimen está establecido por el Convenio de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Véase, A PASTOR PALOMAR/ M<sup>a</sup> A. CANO LINARES, “Capítulo VIII. Los órganos de representación de la ciudadanía española en el exterior: el Consejo General de la Ciudadanía española en el exterior y los Consejos de Residentes Españoles” en, Sempere Navarro, A.V. (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 227 y ss; E. VILARINO PINTOS, *Curso de Derecho diplomático y consular*, 3<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2007.

<sup>32</sup> BOE nº 74, de 26 de marzo de 2014. No obstante, no deben confundirse las autoridades diplomáticas con las consulares, en la medida en que se trata de autoridades y funciones distintas, correspondiendo de forma principal a las segundas la de protección y atención a las personas españolas que se encuentran en el extranjero. En este sentido, la doctrina realiza la distinción entre protección diplomática, protección consular y asistencia o atención consular, de interés también en relación con el tema tratado en esta sede, véase por todos. C. M. DÍAZ BARRADO, “La protección de los españoles en el extranjero. Práctica constitucional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, Serv. Pub. Univ. del País Vasco, 1992, pp. 239-354 (y de forma más detenida *infra*).

<sup>33</sup> BOE nº 175, de 23 de julio de 1971. Se trata de la última ley del franquismo en materia de emigración, que si bien mantiene el silencio con respecto al exilio, recoge ayudas de carácter social. En particular, incluía la asistencia social del emigrante, de manera que pudiese disfrutar de los derechos laborales y de Seguridad social en el país de destino; de medidas educativas y culturales, así como para la formación profesional e integración laboral de emigrantes y retornados. Véase extensamente, A. MADRIGAL MUÑOZ, “Atención a la Población Española Residente en el Extranjero Mayor de 65 años”, Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, 2008, nº 82, pp. 5-6.

<sup>34</sup> Son funciones de protección y de asistencia, que pueden diferenciarse de la denominada “protección diplomática”. Para esta distinción véase extensamente, C. M. DÍAZ BARRADO, “Marco normativo de la protección diplomática. La protección consular y la asistencia consular de los emigrantes españoles” en, F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, Catarata, Madrid, 2006, pp. 240 y ss; *id.*, “La protección de los españoles en el extranjero. Práctica constitucional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, Serv. Publ. Univ. País Vasco, 1992, pp. 239 y ss.

<sup>35</sup> Se define el consulado como la institución jurídico-internacional, que consiste en el establecimiento de un órgano de la Administración pública de un Estado (oficina consular), específico para actuar en el exterior, en el territorio de otro Estado, por acuerdo entre ambos, con el objetivo principal de atender a sus nacionales, conforme a lo establecido por el Derecho internacional y cuando así se requiera, en la forma y en la medida en que lo autorice el Estado de residencia (véase, E. VILARINO PINTOS, *Curso de Derecho diplomático y consular*, 3<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 235-236).

<sup>36</sup> BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970. Se ha señalado que este instrumento busca, en muchos de los aspectos que regula su aproximación al régimen recogido en el Convenio de Viena, de 18 de abril de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas.

El art. 5 indica el contenido de dichas funciones, que, por razones de sistematización, suelen clasificarse en tipos: políticas, de asistencia, protección consular, administrativas, funciones en materia de Derecho privado, función notarial, funciones de carácter procesal, funciones en materia de emigración y establecimiento, etc. Ahora bien, se circunscriben a un territorio determinado, denominado “demarcación consular”.

12. En todo caso, la protección dispensada por el Gobierno de España en el ámbito de los derechos socio-laborales de las personas españolas emigrantes se hace a través de la Dirección General de Migraciones (que depende del actual Ministerio de Inclusion, Seguridad Social y Migraciones). Ahora bien, tras la Ley de 1971 se cuenta en el extranjero con una estructura organizativa de carácter permanente y de amplia operatividad, constituida y articulada por las actuales Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el exterior (antiguas Consejerías Laborales y de Asuntos Sociales), tras la nueva distribución de carteras ministeriales realizada por el actual Gobierno de España (véase *infra*).

13. Por último, para que sea eficaz el cumplimiento de todas estas funciones, es necesario que se llegue a todas las personas españolas que se encuentren en el extranjero y, para ello, la LECEX mantiene los Consejos de Residentes Españoles (CRE), como órgano de carácter consultivo y asesor, adscritos a las Oficinas consulares de España en el exterior (art. 12). Se trata de órganos de participación institucional, que pueden cumplir importantes funciones relacionadas con la emigración española, como se verá *infra* de forma más detenida<sup>37</sup>.

## 2. Las Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el exterior

14. Cabe dar cuenta a continuación de las modificaciones organizativas y funcionales que han tenido lugar en relación con el funcionamiento de las nuevas Consejerías de Trabajo y Seguridad Social en el exterior tras las reformas operadas por el actual Gobierno de España. De acuerdo con la organización anterior, la Administración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el exterior estaba constituida por las Consejerías de Empleo y Seguridad Social, conforme a lo que indica la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que establece el marco general de acción del Estado en el Exterior, regulando asimismo el Servicio Exterior. Sus artículos 22 y 23 se refieren, respectivamente, a la acción exterior en materia de empleo y Seguridad Social, así como de emigración e inmigración<sup>38</sup>.

15. En esta misma Ley 2/2014, de 25 de marzo, se incide, al referirse a la Organización del Servicio Exterior del Estado, en particular en los artículos 41.1 y 45.1.c), en que las unidades administrativas y medios humanos que actúan en el exterior pertenecientes a los distintos departamentos ministeriales se integran en la Misión Diplomática. Igualmente, sus artículos 42.6, 45.3, 45.5 y 47.3 establecen el funcionamiento de las Consejerías y Agregadurías sectoriales, así como de otros órganos técnicos especializados, junto al procedimiento para su creación o supresión.

De otro lado, el art. 1 del RD 1052/2015 indicaba que las Consejerías de Empleo y Seguridad Social son órganos técnicos especializados de las Misiones Diplomáticas y de las Representaciones

<sup>37</sup> No obstante, no son escasas las voces críticas acerca de su funcionamiento en la práctica.

<sup>38</sup> Artículo 22. Acción Exterior en materia de empleo y seguridad social. 1. La Acción Exterior en materia de empleo y seguridad social se orientará al desarrollo de actuaciones relacionadas con el empleo, las relaciones laborales y el sistema de seguridad social que favorezcan los intercambios, la cooperación y la información en estas materias, así como la atención de los trabajadores españoles y de las empresas españolas en el exterior. 2. La planificación de la Acción Exterior en materia de empleo y seguridad social tendrá presente las iniciativas y medidas que se impulsen en el marco de la Unión Europea y desde la Organización Internacional del Trabajo y otras organizaciones internacionales y comprenderá de forma específica los intercambios en estas materias y la movilidad de expertos. Artículo 23. Acción Exterior en materia de emigración e inmigración. 1. La Acción Exterior en materia de emigración velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política para facilitar su retorno. 2. La Acción Exterior en materia de inmigración se orientará a la ordenación de los flujos migratorios hacia España y a reforzar la lucha contra la inmigración irregular.

Permanentes del Reino de España, para el desarrollo de las funciones que, en el marco de las competencias del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, les encomienda la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, y este real decreto.

Señala la EM de la citada Ley (que no ha sido modificada) que la dotación de una estructura más flexible a las Consejerías, que formalmente no contarán con Secciones, facilita su adecuación y adaptación a las circunstancias concretas del colectivo de ciudadanos en el territorio de acreditación. Ello revertirá en una mayor capacidad de reacción y respuesta a sus demandas, manteniendo la calidad en la atención prestada. De este modo, se logra una estructura más racional y acorde de todas las Consejerías, junto con una mayor clarificación organizativa, al tiempo que mejora la calidad del servicio público que prestan a los ciudadanos en un entorno de creciente movilidad.

**16.** Sin embargo, esta organización administrativa ha variado sensiblemente en la actualidad. En este sentido, cabe señalar que el Consejo de Ministros del 28 de abril de 2020 aprobó el RD 499/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Economía Social y se modifica el citado RD 1052/2015, de 20 de noviembre, por el que se establece la estructura de las Consejerías de Empleo y Seguridad social en el exterior y se regula su organización, función y provisión de puestos de trabajo<sup>39</sup>.

La nueva regulación establece que estas Consejerías pasan a denominarse Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Disp. Final 2ª, Uno) y se adscriben orgánicamente al Ministerio de Trabajo y Economía social. Sin embargo, desde el punto de vista de su función (en relación con las actuaciones que llevarán a cabo) se establece que dependen de forma conjunta del Ministerio de Trabajo y Economía social y del Ministerio de Inclusión, Migraciones y Seguridad Social. De otra parte, se crea una Comisión Paritaria para la coordinación entre los Ministerios (nuevo art. 2 bis del RD 1052/2015, tras su modificación por el RD 499/2020)<sup>40</sup>.

**17.** Por último, en cuanto a las funciones de las actuales Consejerías, se indican en el art. 4 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que se dividen en: de carácter institucional, informativo y asistencial, siendo las dos últimas las que más importancia presentan en relación con la tutela de los españoles que se encuentran en el extranjero por razones socio-económicas<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> BOE nº 121, de 1 de mayo de 2020. El actual art. 1 del RD 1052/2015, de 20 de noviembre, modificado, indica lo que sigue: “*las Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social son órganos técnicos especializados de las Misiones Diplomáticas y de las Representaciones Permanentes del Reino de España, para el desarrollo de las funciones que, en el marco de las competencias de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, les encomienda la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado y este Real Decreto*”.

<sup>40</sup> Dicha comisión paritaria se define como: “*el órgano consultivo competente para la coordinación entre los ministerios y al que corresponde informar las decisiones en materia de provisión de puestos de trabajo, creación, modificación o supresión de Consejerías y definición de programas de actuación de las Consejerías, en los términos de este artículo*”.

<sup>41</sup> Artículo 4. *Funciones*. 1. La actuación de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social (actuales Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el exterior) se desarrollará en el marco de los instrumentos de planificación regulados en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, y se sujetará a los principios, directrices, fines y objetivos de la Acción Exterior del Estado en materia de empleo, relaciones laborales, Seguridad Social y emigración e inmigración, de acuerdo con las directrices del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2. Con carácter general, las Consejerías de Empleo y Seguridad Social apoyarán el ejercicio de las funciones correspondientes a los distintos órganos superiores y directivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el ámbito de sus competencias, y en particular desempeñarán las siguientes funciones: a) De carácter institucional: 1.ª Representar al Ministerio de Empleo y Seguridad Social ejecutando las directrices y actividades que resulten necesarias para tal fin. 2.ª Representar al Jefe de Misión, cuando se le encomiende específicamente. 3.ª Prestar su asesoramiento, asistencia técnica y colaboración a la Jefatura y demás órganos de la Misión Diplomática en las áreas de su competencia. 4.ª Mantener y perfeccionar las relaciones bilaterales entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las autoridades competentes en el ámbito sociolaboral, así como con interlocutores sociales y organizaciones de participación social del país de acreditación. 5.ª Apoyar la realización de actividades de cooperación técnica en el país de acreditación en materias de su competencia. 6.ª Colaborar en el desarrollo de los acuerdos migratorios. b) De carácter informativo: 1.ª Operar como unidad de información del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en materias de su competencia, recopilando información socio-laboral y migratoria de instituciones y organizaciones del país de acreditación y facilitando las propias en materias de competencia del Departamento. 2.ª Proporcionar a la ciudadanía española información, y en su caso, asesoramiento en materia de empleo, relaciones laborales, seguridad social y migratoria en

### 3. Coordinación administrativa y cuestiones competenciales

18. En todo caso, el éxito de la actividad de las oficinas diplomáticas y consulares en el ámbito de la asistencia a las personas emigradas españolas está también directamente relacionado con la coordinación y cooperación que exista entre las distintas entidades, que constituyen la Administración del Estado y, en concreto, entre los órganos de la Administración central (entre sí) y los de las Comunidades Autónomas (así como con los entes locales).

Y, por este motivo, la LECEX hace referencia en reiteradas ocasiones a la importancia de la cooperación y coordinación administrativas, para que se cumpla su finalidad. En concreto, la EM fija como uno de sus objetivos: “*fijar el marco de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas*”. Y, de hecho, en la práctica, como se ha recordado acertadamente, todos los objetivos de la Ley requieren la colaboración entre el Estado y las CCAA<sup>42</sup>.

19. Para ello, el Título III (bajo la rúbrica, “*Relaciones entre las Administraciones Públicas*”) recoge los mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación de las Administraciones Públicas (arts. 29-31). Ahora bien, interesa de una forma más específica la forma en la que dicha colaboración (coordinación y cooperación) se lleva a cabo en el exterior, esto es, de qué forma tales instrumentos permiten que la actuación del Estado tutele de forma efectiva los intereses de la emigración española en el exterior en el momento actual.

20. En este sentido, como se ha señalado *supra*, para realizar esta acción protectora en el exterior, la Ley de Emigración inmediatamente anterior a la actual (Ley 33/1971, de 21 de julio) arbitró una organización articulada en torno a las actuales Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (antiguos, Consejerías Laborales y, a su vez, antiguos Agregados laborales) dependientes de la Misión diplomática (art. 26, 3º), que se mantiene en la actualidad<sup>43</sup>. De otra parte, el art. 5, 1º de la LECEX indica –de forma genérica– que: “*los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, establecerán las medidas para que las Oficinas Consulares, Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales y demás dependencias de la Administración española en el exterior cuenten con medios personales, materiales y técnicos precisos para prestar la debida asistencia, protección y asesoramiento a la ciudadanía española en el exterior*”<sup>45</sup>.

Además, se establece un sistema mixto de órganos de representación, el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior y los Consejos de Residentes. Dicho Consejo es el instrumento

---

el ámbito de sus competencias. 3.ª Fomentar acciones para facilitar a la ciudadanía española la búsqueda de empleo en el país de acreditación. c) De carácter asistencial: Sin perjuicio de las competencias de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación y del Interior, desempeñarán las siguientes funciones: 1.ª Atender a los ciudadanos españoles en el exterior con el fin de facilitar tanto su integración laboral y personal en el país de acogida, como facilitar, cuando sea posible, el regreso a España de aquellos que deseen retornar, advirando si procede la documentación laboral y de seguridad social para su posible toma en consideración por la Administración Española, en orden a la emisión del Certificado de Emigrante Retornado. 2.ª Fortalecer las relaciones con las asociaciones y centros de emigrantes españoles en el extranjero, sobre la base de la cooperación mutua. 3.ª Gestionar las pensiones asistenciales en el extranjero y los programas específicos de atención médico sanitaria a los emigrantes que lo necesiten. 4.ª Participar en la tramitación de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. 5.ª Informar, difundir y tramitar las solicitudes de los programas de ayudas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en favor de los emigrantes. 6.ª Participar en la gestión de los programas de subvenciones financiadas por el Ministerio y orientadas a los españoles en el exterior para cuya resolución sean competentes. d) Cualquier otra función que les sea encomendada en el marco de sus competencias. 3. Para el desarrollo adecuado de las mencionadas funciones la programación de las actuaciones de cada Consejería quedará reflejada en un plan operativo anual, con indicadores de seguimiento, sobre el que dará cuenta y valoración de cumplimiento, además de emplear cualquier otra herramienta de planificación que resulte adecuada.

<sup>42</sup> Véase, M. M<sup>a</sup> RAZQUIN LIZÁRRAGA, “Colaboración, cooperación y coordinación entre la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas” en, J. F PÉREZ GÁLVEZ. (dir.), *Estudios de Derecho y ciudadanía en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p. 96.

<sup>43</sup> Señalaba en concreto: “*los agregados laborales, bajo la dependencia directa del Jefe de Misión y como Delegados del Instituto Español de Emigración, prestarán la debida asistencia a los emigrantes, colaborarán con las representaciones consulares en la repatriación de quienes lo precisen, se relacionarán con los organismos competentes de los países respectivos, cooperarán y mantendrán relaciones con las asociaciones de españoles y, en general, llevarán a cabo cuentas acciones se les encomienden por la Dirección General del Instituto. Corresponde al Instituto Español de Emigración el desarrollo y vigilancia de las normas de actuación que en lo concerniente a emigración hayan de ser aplicadas por los Agregados Laborales*”.

básico para promover la acción de los poderes públicos, junto a los Consejos de Residentes, que constituyen una auténtica instancia local, al establecer una relación de inmediatez entre la ciudadanía y el aparato del Estado<sup>46</sup>. Por último, cabe decir que la especial colaboración exigida por la LECEX entre estas instancias y las oficinas consulares convierte a la Administración consular en un auténtico aparato instrumental al servicio de esta ciudadanía residente en el exterior<sup>47</sup>.

**21.** Ahora bien, ha de llamarse la atención sobre la competencia exclusiva del Gobierno en relación con la dirección de la Política exterior (art. 97 CE) y también en el ámbito de las relaciones internacionales (art. 149, 1, 3º CE). Si bien se reconoce en el art. 5 a las CCAA el ejercicio de sus propias competencias que se proyectan hacia el exterior (Acción exterior), ello tiene lugar siempre que se respeten los principios de esta ley y se adecúen a las directrices, fines y objetivos de la Política Exterior del Gobierno.

Y, por tanto, las actuaciones de las CCAA en el exterior no podrán comportar la asunción de la representación del Estado en el exterior, la celebración de tratados internacionales con otros Estados u organizaciones internacionales, la generación directa o indirecta de obligaciones o responsabilidades internacionalmente exigibles al Estado, ni incidir ni perjudicar la Política Exterior que dirige el Gobierno (art. 11, 3º Ley 2/2014)

### III. Funciones relacionadas con la emigración

#### 1. Especial consideración hacia las personas emigradas españolas

**22.** Como se ha señalado *supra*, la LECEX es la expresión de la idea del legislador de construir una política a favor de las personas españolas que emigran al extranjero por razones socio-económicas<sup>44</sup>. Ahora bien, no puede decirse que se trate de una política nueva, sino que este objetivo se encontraba ya recogido en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) y, en concreto, en el art. 42, al señalar que: “*el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*”.

**23.** Sin embargo, no se considera que esta disposición se centre, de forma específica, en la tutela de los derechos socio-laborales de los emigrantes en el extranjero, conforme al principio de igualdad (art. 14 CE), sino que el legislador constitucional trató, más bien, de situar el énfasis en la relación entre la emigración española y su retorno, estableciendo una equiparación entre ambos regímenes, en el momento en el que no es tan importante para el país la emigración sino, más bien, el retorno de los que emigraron durante las décadas anteriores<sup>45</sup>. Por tanto, la CE establece un marco jurídico en el que la actuación del Gobierno de España no se orienta, de forma tan específica, hacia la mayor efectividad de los derechos socio-laborales de los españoles emigrantes o emigrados, sino que, por el contrario, esta cuestión se relaciona de forma inmediata con su retorno al país de origen<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Véase extensamente, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS/ M<sup>a</sup> B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Capítulo V. Objetivos de la Ley 40/2006 y normas concordantes” en, A.V. SEMPÈRE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 143 y ss.

<sup>45</sup> Véase, E. ROJO TORRECILLA, “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes” en, J.L. MONEREO PÉREZ/C. MOLINA/M<sup>a</sup> N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1525 y ss.

<sup>46</sup> Por el contrario, otros autores observan en el art. 42 de la CE dos enunciados distintos que se encuentran vinculados por un nexo común, que consiste en la garantía del principio de igualdad de los trabajadores españoles en el extranjero y los ciudadanos que residen en el territorio español. Dichos enunciados son los siguientes: la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y la orientación de la política española hacia el retorno [véase, S. OLARTE EMCABO, “Capítulo IV. Los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el exterior y la política de retorno. el marco constitucional (art. 42 CE)” en, A.V. SEMPÈRE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 135].

O, dicho de otro modo, se trata –más bien- de salvaguardar las condiciones necesarias para que el español pueda tener una “digna calidad de vida” en España, sin necesidad de emigrar<sup>47</sup>. El “derecho a emigrar” estaría recogido en el art. 19 de la CE. Ahora bien, cabe señalar la posibilidad de que el art. 42 de la CE se ajuste a los actuales desplazamientos de las personas jóvenes españolas, que salen del país, en el que no encuentran una oportunidad laboral que se adecue a su formación, ni tampoco de calidad y que les permita cierta estabilidad.

**24.** Más bien al contrario, en el momento actual, las políticas que han de ponerse en marcha por el Gobierno de España consisten en garantizar la protección de los derechos socio-laborales de los españoles que emigran, así como su protección social y la de sus familias, en un contexto de persistente crisis económica. Y, en este sentido, ha de ser bien saludada la LECEX, que constituye el marco regulador de la actuación española en el exterior a favor de las personas emigradas o emigrantes que ostentan la nacionalidad española<sup>48</sup>.

**25.** En concreto, la LECEX señala que: “*el Estatuto se configura como el marco jurídico que garantiza a la ciudadanía española residente en el exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles* Sin embargo, no son los únicos aspectos que aborda la ley, sino que, por el contrario, el Cap. II dispone de un importante número de medidas destinadas a la protección de los españoles que se encuentran en el extranjero, de tipo social, entre las que se encuentran también los programas de formación profesional, la asistencia sanitaria, etc, como se verá *infra* de forma más detenida<sup>49</sup>. También recoge el Cap. III medidas en el ámbito de los derechos relativos a la educación y a la cultura (arts. 23- 25).

**26.** En este contexto, la LECEX se apoya en los Consulados y otras representaciones del Estado español en el extranjero, con la finalidad de cumplir el objetivo de tutela que la preside. Y, por ello, cabe decir que –en el momento actual- las oficinas diplomáticas y consulares españolas despliegan una relevante función en relación con la emigración, mejorable (sin duda), pero sin la que no sería ni tan siquiera viable el diseño de una concreta política de tutela de la emigración de españoles, que ha de ponerse en práctica en países extranjeros necesariamente.

## 2. Los Consejos de Residentes adscritos a las oficinas consulares de España

**27.** Desde 1987 se hallan constituidos los Consejos de Residentes españoles (CRE), con miembros elegidos por los emigrantes, en determinadas demarcaciones consulares y el Consejo General de la

---

<sup>47</sup> Y, por ello, se señala que esta disposición consagra un “derecho social”, que permite exigir una actividad determinada a los poderes públicos, en orden a hacer realidad aquellos condicionantes socio- económicos, que permitan que un ciudadano no se vea obligado a emigrar (véase, J. I. CASES, “Protección...”, *loc. cit.*, p. 148). En este mismo sentido, se considera que cabría alinear a la CE de 1978 dentro del conjunto de los textos normativos que tienen una consideración desfavorable al hecho migratorio (véase, R. ARAGÓN BOMBÍN, “La emigración...”, *loc. cit.*, p. 62).

<sup>48</sup> La doctrina valora de forma positiva la Ley, en especial, porque relaciona los derechos sociales de los emigrantes y el catálogo de prestaciones que el Estado ha de garantizarles. Véase, en particular, A.V. SEMPÈRE NAVARRO, “Capítulo III. El Estado social ante los ciudadanos expatriados” en, A.V. SEMPÈRE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 81 y ss; F. GURRERA CASAMAYOR, “Ciudadanía en el exterior: un ejemplo de cooperación en la dificultad” en, J. F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Estudios de Derecho y ciudadanía en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p. 44.

<sup>49</sup> En concreto, el art. 17, en este mismo Capítulo, se refiere a la protección de la salud y su apartado 2º, inciso segundo prevé la posibilidad de suscribir acuerdos preferentemente con las entidades públicas aseguradoras o prestadoras de cuidados de salud de los países en los que sea necesario garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud. También podrá suscribir convenios con entidades aseguradoras o prestadoras privadas, teniendo en especial consideración a las entidades o instituciones españolas en el exterior con capacidad para prestar la atención sanitaria. Véase extensamente, J. F. PÉREZ GÁLVEZ, “Régimen jurídico de la emigración y la ciudadanía española en el exterior: nuevos retos en el ámbito de la protección de la salud” en, J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Estudios de Derecho y ciudadanía en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 99 y ss; R. P. RON LATAS “Los aspectos...”, *loc. cit.*, pp. 943 y ss.

Emigración, con participación de la Administración Central y Autonómica, de los emigrantes elegidos por los Consejos de Residentes Españoles y de las organizaciones sindicales y empresariales<sup>50</sup>. Los CRE - regulados en la actualidad por el RD 1960/2009, de 18 de diciembre-, son órganos de carácter consultivo y asesor adscritos a las oficinas consulares de España (art. 1)<sup>51</sup>.

Entre sus funciones de mayor interés se encuentra la de difundir entre la comunidad española las medidas adoptadas por las Administraciones públicas en aquellos temas que afecten a los españoles residentes en la circunscripción [art. 4, letra d)]. También tienen como función encauzar hacia la oficina consular cuestiones de interés general o particular de la comunidad española que se encuentra en el extranjero, colaborando en todas las actividades que le estén expresamente asignadas conforme a su régimen legal [art. 4, letra c)]<sup>52</sup>. Pero, en todo caso, para evitar posibles conflictos, añade el citado art. 4, primer inciso, del RD 1960/2009: con respeto en toda su integridad de las funciones y atribuciones del jefe de la oficina consular, las disposiciones del Derecho interno del país de residencia y el derecho internacional convencional o consuetudinario<sup>53</sup>.

#### IV. Funciones relativas al empleo y protección social de los españoles en el extranjero

##### 1. Formación y orientación para el empleo y la ocupación

28. Si, como se ha indicado *supra*, la LECEX ha tenido la finalidad de crear un marco regulador del estatuto de los derechos de los españoles en el extranjero, no cabe duda de que los aspectos más relevantes se relacionan con los derechos socio-laborales, a los que presta atención específica el legislador, configurando lo que la doctrina denomina “la ciudadanía social”<sup>54</sup>. En particular, en relación con el empleo, el art. 21 se refiere a las acciones de información socio-laboral y orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional y el art. 22 trata sobre los derechos en materia de empleo y ocupación.

En concreto, el art. 21, 1º incide en un aspecto crucial para el logro del objetivo que se propone el legislador, en la medida en que la lejanía del español, que se encuentra en el extranjero, puede hacer –en principio– más complicado el acceso a la información por parte del español. Por tanto, se pone de relieve el papel trascendental que desempeñan los Consulados y Embajadas españolas en el exterior en relación con la diseminación de la información en el ámbito del empleo y la ocupación de los españoles en el exterior<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Se crearon por RD 1339/1987, de 30 de octubre, modificado por el RD 597/1994, de 8 de abril. A ellos se refiere igualmente la LECEX en el art. 12. En concreto, señala que: “son órganos de carácter consultivo y asesor, adscritos a las Oficinas consulares de España en el exterior, cuya composición, elección y régimen de funcionamiento se regularán reglamentariamente”. Sus funciones se indican en el art. 13, desarrollado reglamentariamente

<sup>51</sup> BOE nº 2, de 2 de enero de 2010. En cuanto a su constitución, señala el art. 2 que tendrá lugar: “en todas las circunscripciones consulares en cuyas listas del Censo Electoral de Residentes Ausentes se hallen inscritos, como mínimo, mil doscientos electores, se constituirá, por elección, un Consejo de Residentes Españoles como órgano consultivo de la respectiva oficina consular”. Ha de citarse también la Orden AEC/2172/2010, de 13 de julio, por la que se regula la constitución, elección y funcionamiento de los Consejos de Residentes Españoles en el Exterior (BOE nº 192, de 9 de agosto de 2010).

<sup>52</sup> Y, en este mismo sentido, indica el citado art. 4, letra e): “cooperar con la oficina consular o con otras instituciones españolas o locales para dar mayor carácter institucional a aquellas actividades que se desarrollen en beneficio de los españoles”. Véase extensamente, A. PASTOR PALOMAR/ M<sup>a</sup> A. CANO LINAES, “Capítulo VIII. Los órganos de representación...”, *loc. cit.*, pp. 227 y ss.

<sup>53</sup> Además, eligen a un número determinado de representantes en el Consejo General de la Emigración, órgano consultivo, adscrito a la Dirección General de Migraciones (véase *infra*), a través del cual tiene lugar la participación de los españoles residentes en el extranjero, junto a los sindicatos, asociaciones empresariales y Administración pública (central y autonómica) en la gestión de la política migratoria (véase, J. I. CASES MÉNDEZ, “Protección...”, *loc. cit.*, p. 158).

<sup>54</sup> Véase, P. CONDE COLMENERO, “Cap. XIV. La información socio-laboral y la orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional de los ciudadanos españoles en el exterior” en, A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 425 y ss.

<sup>55</sup> Esta disposición señala que: “la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el desarrollo de acciones de información, orientación y asesoramiento en el exterior, a través de la red de consulados, embajadas,

**29.** Ahora bien, ha de tomarse en cuenta que dicha información ha de referirse a las ofertas de empleo existentes en el país extranjero, de las que tenga conocimiento la Administración española, para las que concederá ayudas destinadas a facilitar la inserción socio-laboral de los españoles que residan en dichos países. No obstante, cabe llamar la atención acerca de las limitaciones que, en principio, existen para que dicha información pueda ser de utilidad en estos casos, en la medida en que será necesario que existan canales de información entre el Estado español y los Estados extranjeros en los que se realicen las ofertas de empleo.

A su vez, indica el art. 21, 2º que: “*los servicios públicos de empleo fomentarán la participación de los españoles residentes en el exterior y de los retornados en programas de formación profesional, a fin de facilitar su incorporación al mercado laboral o de mejorar su capacitación profesional*”<sup>56</sup>. De otro lado, el apartado 3º de esta misma disposición insiste en la necesaria colaboración administrativa, también con los organismos públicos o privados de los respectivos países, para facilitar la incorporación al mercado laboral de los jóvenes y de las mujeres con especiales dificultades de inserción laboral, así como personas con discapacidad<sup>57</sup>.

Por último, art. 22 (titulado: “*Derechos en materia de empleo y ocupación*”), se centra, en particular, en la situación de las personas españolas que se encuentran en el extranjero, con el objetivo de que puedan también tener información y participar en el mercado de trabajo español. Para ello, se promoverá el acceso a la información a través del Sistema Nacional de Empleo sin perjuicio de la que sea suministrada por las agencias autonómicas de empleo y ocupación<sup>58</sup>. De otro lado, esta disposición hace referencia al desplazamiento a España de los trabajadores españoles que prestan sus servicios para una empresa establecida en el extranjero (apdo. 2º) y al visado para búsqueda de empleo a favor de los hijos o nietos de españoles de origen (apdo. 3º).

## 2. Prestaciones sociales y asistenciales

**30.** El papel que desempeñan las oficinas consulares y diplomáticas españolas en el extranjero no es de menor importancia en relación con la protección social de las personas españolas que residen habitualmente en el extranjero, sino que, por el contrario, actúan ejerciendo funciones de transmisión y canalización de las solicitudes para el cobro de las citadas prestaciones.

Y, en concreto, una de las principales novedades que introdujo la LECEX es el reconocimiento de una “prestación por razón de necesidad” para las personas españolas que residen en el extranjero y se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (art. 19)<sup>59</sup>. Se regula por el RD 8/2008, de 11

---

*centros estatales y autonómicos en el mundo, asociaciones y medios de comunicación encaminadas a facilitar la inserción socio-laboral de los españoles residentes en el exterior; a través de los correspondientes programas de ayudas o de convenios con entidades públicas o privadas*”.

<sup>56</sup> Como se ha destacado con acierto, la norma no deja claro si se trata de la participación de los emigrados españoles en el mercado de trabajo español o extranjero (véase, RON LATAS, R. P., “Los aspectos laborales...”, *loc. cit.*, p. 957).

<sup>57</sup> Véase, extensamente, P. CONDE COLMENERO, “Cap. XIV. La información socio-laboral...”, *loc. cit.*, pp. 425 y ss (esp. pp. 436 y ss). Véanse, entre otras, la Res. de 20 de diciembre de 2010, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan ayudas para 2011 del Programa de Proyectos e Investigación de la Orden TAS/874/2007 de 28 de marzo (BOE nº 316, de 29 de diciembre). También la Res. de 11 de noviembre de 2010, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan ayudas para 2011 del programa de Mujeres de la Orden TAS/874/2007/, de 28 de marzo (BOE nº 281, de 20 de noviembre). Para las correspondientes a 2021 véase el Sitio oficial: <http://www.ciudadaniaexterior.empleo.gob.es/es/horizontal/normativa/index.htm>. Las Becas “Reina Sofía” también pertenecen a este tipo de medidas. Su finalidad es favorecer que los españoles que residen habitualmente en el extranjero, que no cuenten con recursos suficientes, puedan formarse en España.

<sup>58</sup> Como se ha señalado, se trata de emular el modelo ya proporcionado por la red europea de servicios EURES (*European Employment Services*), aprobada por Decisión 2003/8/CE, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aprueba el Reglamento del Consejo 1612/68 (véase, R. P., RON LATAS, “Los aspectos laborales...”, *loc. cit.*, p. 958).

<sup>59</sup> Como indica la EM de la LECEX, “*se introduce la prestación por necesidad como un nuevo concepto que engloba la pensión asistencial por ancianidad, regulada en su normativa específica, junto con la asistencia sanitaria, dado que la vista de la evolución actual de estas pensiones se precisa modificar su regulación, para su mejor adaptación a las necesidades reales de sus potenciales beneficiarios*”. En concreto, el citado art. 19, 1º señala que: “*la Administración General del Estado, en los*

de enero, sobre la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, que tiene una clara finalidad de protección<sup>60</sup>. Su art. 8, 1º prevé la participación de las Embajadas (secciones consulares o secciones de trabajo y asuntos sociales o Consejerías de trabajo y asuntos sociales) en su tramitación<sup>61</sup>.

**31.** Ahora bien, no se trata sólo de una mera participación en la tramitación de las solicitudes, sino que tienen encomendado realizar cualquier actuación relacionada con la comprobación de la documentación presentada, que transmitirá a la Dirección General de Emigración (actual Dirección General de Migraciones, dependiente del Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones)<sup>62</sup>. Además, ejercen funciones de custodia y archivo de la documentación (art. 8, 3º, 4º y 5º).

**32.** Junto a la citada prestación, se han arbitrado un conjunto de medidas de protección, entre las que cabe citar las aprobadas por la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional (los denominados “Niños de la Guerra”, EM de la LECEX)<sup>63</sup>.

Cabe decir, por ello, que la participación de las oficinas diplomáticas o consulares que se encuentran en las Embajadas y Consulados de España en el extranjero cumplen importantes funciones relacionadas con la tramitación de las solicitudes o expedientes en orden a conseguir prestaciones relacionadas con la protección social de los españoles que residen en el exterior.

**33.** Por último, el art. 20 de la LECEX hace específica referencia a los servicios sociales para mayores y dependientes. Y, en concreto, a la obligación que tienen los poderes públicos de fomentar la

---

*términos en que reglamentariamente se establezca, garantizará el derecho a percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, de acuerdo a la realidad socio-económica del país de residencia”. Véase, en particular, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE/ F.J. HIERRO HIERRO, “Capítulo XII. Actuaciones en el ámbito de la Seguridad social para el mantenimiento y la conservación de derechos y la nueva prestación por razón de necesidad” en, Sempere Navarro, A.V. (dir.), *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 357 y ss.*

<sup>60</sup> BOE nº 21, de 24 de enero de 2008. No obstante, ha sido modificado el art. 26 del citado RD por la Disp. Final 5ª de la Ley 25/2015, de 28 de Julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras cuestiones de orden social (BOE nº 180, de 29 de Julio de 2015). El mencionado art. 26, en concreto, ha sido redactado conforme al contenido publicado en el BOE de corrección de errores nº 296, de 11 de diciembre de 2015. Cabe citar también la Resolución, de 10 de enero de 2011, de la Dirección General de la Ciudadanía española en el exterior, por la que se proroga el derecho a asistencia sanitaria para todos aquellos beneficiarios de prestación económica por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior que acreditasen esta condición a 31 de diciembre de 2010. El RD 8/2008 dejó sin eficacia el RD 728/1993, por el que se establecen las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, vigente hasta el 25 de enero de 2008 (BOE nº 121, de 21 de mayo de 1993). Se indica que representó la medida de mayor alcance en la protección de los españoles en el extranjero, al garantizar a los mayores españoles del exterior el mismo nivel de vida del que disfrutaban quienes residen en España (véase, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE/ F.J. HIERRO HIERRO, “Capítulo XII. Actuaciones...”, *loc. cit.*, p. 359).

<sup>61</sup> Cabe destacar en este sentido el art. 8, 3º que señala que: “*las Consejerías de Trabajo y Asuntos sociales serán competentes para realizar todos los actos de instrucción, de los españoles residentes en el ámbito geográfico de los países en los que tengan acreditación. En los países en los que no esté acreditada dicha Consejería, los expedientes se instruirán por los servicios correspondientes a las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero*”. Véase también la participación de las Embajadas españolas prevista en el art. 11, 3º de este mismo texto legal.

<sup>62</sup> La Dirección General de Migraciones (que asume las funciones que correspondían a la antigua Dirección General de Emigración) se ocupa de: la atención a los españoles en el exterior y retornados; el reconocimiento y gestión de prestaciones económicas y ayudas asistenciales destinadas a españoles en el exterior y retornados; la asistencia sanitaria, en su país de residencia, a los españoles de origen beneficiarios de prestaciones económicas; la gestión de los programas de subvenciones y ayudas destinados a los españoles en el exterior y retornados y la coordinación funcional de la actuación de los órganos periféricos de la Administración General del Estado con competencias en materia de emigrantes retornados

<sup>63</sup> BOE nº 68, de 28 de marzo de 2015. Desarrollada a través de la Orden TAS/1967/2005, de 24 de junio, por la que se establecen las disposiciones para el desarrollo y aplicación de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados en el extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

red de servicios sociales, para lograr la realización de las actividades encaminadas a la consecución del bienestar integral de los españoles mayores que residen en el exterior<sup>64</sup>. Y, en este sentido, cabe citar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, cuya puesta en práctica en el extranjero -como señala la doctrina- constituye un gran reto para el Gobierno español<sup>65</sup>.

## V. Consideraciones finales y conclusiones

**34.** La LECEX constituye una apuesta clara hacia el reconocimiento del capital social que suponen los emigrados españoles para España. De otro lado, no puede decirse que, en el momento actual, sean escasos los recursos con los que cuentan las personas españolas que residen de forma habitual en el extranjero y que emigraron o emigran por razones socio-económicas (de forma preferente). En este contexto, la función que corresponde a los consulados y oficinas diplomáticas españolas en el exterior es fundamental, al tratarse del cauce a través del cual se lleva a cabo esta política española de protección y salvaguardia de los derechos de las personas emigradas españolas en el extranjero.

Y, en particular, cuando se trata de sus funciones relacionadas, en concreto, con el empleo y con su protección social, tienen atribuidas una importante misión conforme a los actuales arts. 18 y ss de la LECEX. Sin las funciones de información, asesoramiento y canalización de las ayudas que se ponen en marcha por el Gobierno de España que desempeñan las citadas oficinas, no sería ni tan siquiera viable articular la citada política. Ahora bien, no pueden considerarse suficientes a día de hoy, al haber cambiado de forma importante las circunstancias socio-económicas de España (a partir de 2008) y, por tanto, encontrarse un número cada vez más importante de españoles, en especial, jóvenes, en el extranjero, en busca de las oportunidades laborales que no encuentran en España.

**35.** Por último, hay una cuestión competencial de importancia, en la medida en que la actuación de las Consejerías de Trabajo, Migraciones y Seguridad social en el exterior es una competencia exclusiva del Estado (política exterior), lo que entra en contradicción, hasta cierto punto, con el objetivo de la LECEX de crear canales o vías de cooperación entre el Estado y las CCAA a la hora de establecer los cauces para llevar a cabo la citada tutela de los españoles que se residen en el extranjero por razones socio-económicas.

---

<sup>64</sup> En particular, se prestará especial atención a los centros y asociaciones de españoles en el exterior (y retronados), que cuenten con infraestructuras para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Y, en especial, se desarrollarán medidas específicas para la consecución del bienestar integral de la ciudadanía española en el exterior en situación de necesidad, en aras de alcanzar la gradual asimilación a las prestaciones vigentes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, conforme a la legislación vigente.

<sup>65</sup> BOE de 21 de marzo de 2005. Véase, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS/ M<sup>a</sup> B. FERNÁNDEZ COLLADOS, "Capítulo V. Objetivos de la Ley 40/2006...", *loc. cit.*, pp. 163 y ss.

LA ILEGALIDAD DEL RECHAZO EN FRONTERA  
Y DE LAS DEVOLUCIONES “EN CALIENTE” FRENTE  
AL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS  
Y AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE ILLEGALITY OF BORDER REJECTION  
AND “HOT” REFOULEMENT IN FRONT  
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
AND THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Alcalá*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6255>

**Resumen:** La STEDH *N.D. y N.T. c. España* de 13 de febrero de 2020 y la STC 172/2020 de 19 de noviembre de 2020 permiten, sobre la base de ciertos condicionantes, una práctica ilegal en los ordenamientos jurídicos constitucionales, las devoluciones de extranjeros por “vía de hecho” prescindiendo de cualquier garantía jurídica. Partiendo de dichas sentencias se analizará la figura de la devolución regulada en la legislación española para posteriormente comprobar si las actuaciones realizadas en Ceuta y Melilla por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado se acomodan a la normativa de derechos humanos recogida en el Convenio europeo de Derechos humanos (CEDH) y sus protocolos así como en la Constitución española.

**Palabras clave:** devoluciones, rechazo en frontera, derechos humanos, procedimiento administrativo, extranjeros.

**Abstract:** The ECHR case *N.D. and N.T. v. Spain* of 13 February 2020 and Constitutional Court case 172/2020 of 19 November 2020 allow, on the basis of certain conditions, a practice that is illegal in constitutional legal systems, the return of foreigners by “de facto means” without any legal guarantee. Based on these rulings, the figure of refoulement regulated in Spanish legislation will be analysed in order to subsequently verify whether the actions carried out in Ceuta and Melilla by the state security forces and bodies comply with the human rights regulations set out in the European Convention on Human Rights (ECHR) and its protocols, as well as in the Spanish Constitution.

**Keywords:** refoulement, refusal at the Border, human rights, administrative procedure, foreigners.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Module Jean Monnet «A More Social Europe: Citizenship, Asylum and Immigration» (MORE-UE) Ref. 611319-EPP-1-2019-1-ESEPPJMO-MODULE concedido por la Comisión europea a la autora. El artículo refleja únicamente las opiniones de la autora y la Comisión europea no se hace responsable del uso que pueda hacerse de la información contenido en él. estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad. Ref.: RTI2018-099274-B-I00. IP: J.A. Fernández Avilés y M<sup>a</sup> D. García Valverde.

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Introducción a la figura de la devolución. III. Las devoluciones sin las debidas garantías o devoluciones “en caliente” en Ceuta y Melilla. 1. Ausencia del correspondiente procedimiento administrativo. 2. Imposibilidad de identificación y recurso. 3. Incumplimiento del Acuerdo Hispano-marroquí. III. Las devoluciones “en caliente” en la doctrina del TEDH. 1. Planteamiento. 2. Justificación del rechazo a un extranjero por no haber presentado previamente una solicitud de protección internacional o visado. La conducta previa del interesado. 3. Justificación de las devoluciones en caliente en atención a la conducta de los extranjeros durante la entrada. 4. Imposibilidad de presentar recurso contra las devoluciones en caliente. IV. La Disposición Adicional 10ª de la Ley de Extranjería: doctrina constitucional. 1. Regulación. 2. La errónea interpretación jurídica del rechazo en frontera por el TC. 3. (In)constitucionalidad de la Disposición Adicional 10ª LOEX. V. Conclusiones.

## I. Planteamiento

1. El legislador interno está fuertemente condicionado por la normativa internacional de derechos humanos, que debe impregnar todo el ordenamiento jurídico en el momento de establecer un determinado sistema de extranjería<sup>1</sup>. Las normas internas del Derecho de extranjería deben obligar al Estado a conceder un trato garante de derechos a los extranjeros que se hallan en su territorio respecto a su persona, sus bienes y sus actos y relaciones jurídicas<sup>2</sup>. Dentro de este sistema de extranjería los Estados, y condicionado por las normas de la Unión Europea<sup>3</sup>, pueden decidir acerca de la entrada, permanencia y salida de los nacionales de terceros estados en su territorio, así como a la prohibición de entrada de extranjeros a través de la denegación de entrada o la devolución.

2. Dentro del reconocimiento de los Estados de un trato mínimo a los extranjeros basado en la normativa de derechos humanos existe una limitación a los inmigrantes. Junto con el derecho de admisión que tienen los Estados existe también un derecho de devolución del territorio contra la voluntad de los mismos. Esta posibilidad se aplica a quienes se encuentren en el territorio de un Estado tanto legal como irregularmente. Sin embargo, este derecho no es absoluto y se encuentra restringido por un buen número de normas internacionales<sup>4</sup>. Ejemplos de tales restricciones son:

<sup>1</sup> G. GOODWIN-GILL, “International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees”, *International Migration Review*, vol. XXIII, nº 3, 1989, pp. 526–546, esp. 526; M. FOUCHER, *L'invention des frontières*, París, Fondation pour les Études de Défense Nationale, 1986, pp. 56–58. El Derecho internacional general impone todo un conjunto de pautas, que se acentúan cada vez más en virtud de lo que W. RIPHAGEN calificase de “influencia de las relaciones interestatales sobre la solución de los problemas derivados de la coexistencia de sistemas jurídicos” (cf. W. RIPHAGEN, “The Relationship between Public and Private Law and the Rules of Conflict of Laws”, *R. des C.*, t. 102, 1961–I, p. 293); frente al aparente desinterés de tiempos pasados (recuérdese el *obiter dictum* de la CPJI en el asunto de *Lotus*), puede afirmarse que hoy la situación ha variado sustancialmente y que este hecho es particularmente relevante en los círculos jurídicos con un cierto grado de integración.

<sup>2</sup> J. DE LUCAS, “¿Cómo globalizar los derechos humanos? El test de la inmigración”, *La globalización y los derechos humanos. IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos (Sevilla, 2003)*, Madrid, Talasa, 2004, pp. 361–393; M.J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004; J.A. CARRILLO SALCEDO, “El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso”, *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 39–53; L. FERRAJOLI, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37. *Vid.* de este autor, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005; *id.*, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 15, 2006, pp. 116–117; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 541–558.

<sup>3</sup> Especialmente condicionado por el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece el Código de fronteras Schengen y la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

<sup>4</sup> *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Extranjería: Principios de Derecho internacional general”, *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, pp. 44–46.

- i) El principio de no devolución, incluido en el art. 33.1º Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Un principio similar se encuentra en el art. 3º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984<sup>5</sup>.
- ii) El “interés superior del niño”, reflejado en la Convención sobre los Derechos del Niño, puede anular el derecho de expulsión de un Estado a un no nacional. El derecho a vivir en familia puede limitar el derecho del Estado a devolver a un inmigrante del territorio.

3. Junto con estas restricciones particulares sobre el derecho de un Estado a devolver a un inmigrante, el Derecho internacional atribuye controles de procedimiento. En este sentido, un migrante regular o irregular tiene derecho *inter alia* a que su caso sea revisado antes de su devolución. Sin embargo, esta obligación de revisión por parte de los estados pueden ser obviadas cuando existan “razones convincentes de seguridad nacional”. A pesar de ello, en numerosas ocasiones las devoluciones y las expulsiones se llevan a cabo obviando las limitaciones impuestas por el Derecho internacional al poder estatal<sup>6</sup>.

4. En el presente artículo se analizará la figura de la devolución regulada en la legislación española para posteriormente comprobar si las actuaciones realizadas en Ceuta y Melilla por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado se acomodan a la normativa de derechos humanos recogida en el Convenio europeo de Derechos humanos (CEDH) y sus protocolos. Para finalizar se estudiará la posible ilegalidad del “rechazo en frontera” introducido en la disposición adicional décima de la Ley de extranjería a través de la LO 14/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana tanto por su falta de encaje en el ordenamiento español como la nueva interpretación realizada indirectamente de las fronteras de Ceuta y Melilla<sup>7</sup>.

## II. Introducción a la figura de la devolución

5. El derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros en atención al art. 19 CE<sup>8</sup>. El 15 de marzo de 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron su Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), por el cual se completan, y también derogan preceptos del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS). En este instrumento se incluyen las condiciones requeridas para permitir que un extranjero supere el perímetro exterior de la Unión Europea<sup>9</sup>. La entrada se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código y en el art. 25 Ley Orgánica 4/2000 de extranjería (LOEx) y el art. 4 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su reglamento (RLOEx). Cuando la entrada se ha efectuado de manera irregular existen varios procedimientos

---

<sup>5</sup> L. BIANKU, “Le non-refoulement comme principe du droit international et le rôle de la Cour européenne des droits de l’homme dans sa mise en œuvre”, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 23, nº 1, 2017, pp. 11-13, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2017\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2017_FRA.pdf).

<sup>6</sup> P. MATHEW, “Constructive refoulement”, *Research handbook on international refugee law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2019, pp. 207-223. La autora explora el concepto de “devolución constructiva”, particularmente en relación con la práctica australiana y examina las posibles infracciones del art. 33 de la Convención de Refugiados cuando el estado hace lo posible para evitar que un solicitante de asilo o protección internacional se quede en su territorio.

<sup>7</sup> En este sentido se manifestó M. A. ACOSTA SÁNCHEZ, “Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie”, *REEI*, 2014, nº 28, pp. 17 y ss, expresa la problemática relativa a la dejación de soberanía al abandonar la denominada zona neutral en el momento de construcción de la valla de Melilla.

<sup>8</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12. *Vid.* E. SAGARRA TRÍAS, *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2002, pp. 124.

<sup>9</sup> Las condiciones de entrada estaban definidas en el art. 5 del Convenio de Aplicación Schengen y en el Manual de Fronteras Exteriores, mediante un acto adoptado por el Comité Ejecutivo de Schengen, y con poco valor jurídico. *Vid.* I. LIROLA DELGADO, “El Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. Comentario al Reglamento n.º 562/2006 del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, mayo 2007, p. 2.

relativos a la salida obligada del territorio español de las personas extranjeras, transpuestos algunos de ellos de la Directiva 2008/115/CE<sup>10</sup> relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que son relevantes a estos efectos:

- i) la denegación de entrada y el retorno al punto de origen (art. 60 LOEx), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos (art. 26.2º LOEx y art. 15 RLOEx);
- ii) la salida obligatoria o la expulsión del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o por carecer o tener caducada la autorización de residencia (art. 57 LOEx y arts. 242-248 RLOEx);
- iii) la devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España (art. 58.3º.a) LOEx), o de los que pretendan entrar ilegalmente (art. 58.3º.b) LOEx), incluyendo “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones” (art. 23.1º.b) RLOEx).

6. En el ordenamiento español la devolución es una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado cuando un extranjero accede de manera irregular al territorio de un Estado, que se acuerda por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión, previa la instrucción del correspondiente expediente administrativo. No se trata de un procedimiento sancionador y tiene todas las garantías establecidas en la normativa interna y en la normativa de Derechos humanos. El proceso de devolución que recoge el artículo 58 LOEx y que se desarrolla en el art. 23 RLOEx de aplicación a los supuestos de entrada irregular o de incumplimiento de una prohibición de entrada por estar vigente una orden de expulsión recoge una serie de garantías jurídicas acordes con la normativa de derechos humanos<sup>11</sup> que implica, por ejemplo, el derecho a ser identificado, la asistencia jurídica y de intérprete, la posibilidad de solicitar protección internacional o la asistencia sanitaria en caso de que sea necesario. Por desgracia, desde hace ya más de una década en los territorios de Ceuta y Melilla se realizan un tipo de devoluciones sin las debidas garantías, devoluciones por vía de hecho o “en caliente” que incumplen la normativa aludida.

### III. Las devoluciones sin las debidas garantías o devoluciones “en caliente” en Ceuta y Melilla

#### 1. Ausencia del correspondiente procedimiento administrativo

7. Se produce una devolución “en caliente” cuando el Estado devuelve a un extranjero sin respetar los derechos y garantías que tanto la normativa internacional como la UE<sup>12</sup> y la propia LOEx<sup>13</sup> reconoce a todo individuo, práctica habitual en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Estos derechos son Derechos Humanos esenciales provenientes de la Declaración Universal de los Derechos humanos (DUDH), Convención europea de Derechos humanos (CEDH) y la Carta de Derechos fundamentales

<sup>10</sup> En este sentido, *vid.* F. LÜTZ, “Non-removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments”, *European journal of migration and law*, vol. 20, n. 1, 2018, p. 28-52 acerca del Derecho de la Unión europea aplicable a la devolución de extranjeros y posibles vías de solución en el caso de no poder ser devueltos; I. MAJCHER, “The European Union Returns Directive and its compatibility with international human rights law: analysis of return decision, entry ban, detention, and removal”, *The European Union Returns Directive and its compatibility with international human rights law : analysis of return decision, entry ban, detention, and removal*, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2019.

<sup>11</sup> Un estudio sobre del cumplimiento de las políticas europeas y el cumplimiento de los Derechos humanos puede verse en S. COGOLATI, “Les politiques migratoires extérieures de l’Union européenne a l’épreuve des droits de l’homme”, *Journal de droit européen*, vol. 24, nº 229, 2016, pp. 175-181.

<sup>12</sup> Art. 19 CDFUE.

<sup>13</sup> Un estudio en detalle sobre las devoluciones puede verse en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, nº 8382, 2014.

de la Unión Europea (CDFUE)<sup>14</sup> y deben ser reconocidos a toda persona, sin que quepa ningún tipo de distinción o discriminación en su reconocimiento o ejercicio.

8. Como expusimos más arriba, la LOEx reconoce expresamente a todo extranjero objeto de expulsión o devolución una serie de derechos y garantías como el derecho a la asistencia letrada<sup>15</sup> y el derecho a un intérprete, si no comprende el idioma, el derecho a solicitar protección internacional, etc. La garantía para acceder a los procedimientos administrativos es la identificación individualizada de las situaciones que rodean a las personas, y especialmente que puedan acceder a ellos personas particularmente vulnerables como los menores de edad, los demandantes de asilo o de protección internacional<sup>16</sup>, víctimas de trata, o personas enfermas. Ante una devolución “en caliente” todos estos derechos son vulnerados de manera flagrante. Pero fundamentalmente se vulnera el derecho a solicitar la protección internacional recogida el art. 58.4º LOEx que establece que el extranjero que se encuentre en situación de ser devuelto, tiene derecho a presentar dicha solicitud y no podrá efectuarse la devolución “hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional”<sup>17</sup>. Las devoluciones “en caliente” imposibilitan, asimismo, que víctimas de trata de seres humanos, de mafias o de redes criminales organizadas (“tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad”), puedan prestar su colaboración con las autoridades españolas<sup>18</sup>.

9. Los menores de edad o las personas afectadas por serios motivos de incapacidad, y mujeres embarazadas son las que más sufren por las devoluciones en caliente<sup>19</sup>. En especial resulta muy difícil identificar a un menor de edad sin ningún procedimiento médico, como constata el dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016), por el que condena a España por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de acceder por la valla de Melilla<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Art. 8 CEDH, art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE.

<sup>15</sup> El art. 22 LOEx regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en España en los siguientes términos:

“1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”.

<sup>16</sup> X. POTTIER, “La question du ‘refoulement indirect’ et de la ‘clause discrétionnaire’ au sein du système ‘Dublin III’”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 5, 2020, pp. 1385-1420.

<sup>17</sup> Este derecho aparece regulado en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el art. 5 de la Carta de Banjul y el art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4 del Protocolo n° 4 CEDH y art 19 CDFUE.

<sup>18</sup> En este sentido, la STJUE de 25 de junio de 2020, asunto C-36/20, determina que el art. 6.1º de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece la posibilidad de que la solicitud de protección internacional se formule no solo ante la autoridad competente para su registro sino también ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas, citando expresamente a la policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, imponiendo la obligación a los Estados de que estas autoridades dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional.

<sup>19</sup> C. COUNIL, “Aux ‘confins des droits’ des mineurs étrangers non accompagnés détenus et refoulés : à propos de la décision de la CEDH du 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique, nr. 13178/03”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, n°. 1, 2008, pp. 35-59; R. CADIN, “La riconsegna sommaria dei migranti, inclusi i minori stranieri non accompagnati, dall’Italia alla Grecia: la condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Sharifi”, *I minori stranieri in Italia : Atti del Convegno in memoria di Maria Rita Saulle e Lê Quyên Ngô Đình, Ariccia (RM)*, Aracne, 2014, pp. 241-251.

<sup>20</sup> Resulta destacable el caso *D.D. c. España*, resuelto por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Dictamen CRC/C/80/D/4/2016, en donde el Estado español ha sido condenado por un rechazo en frontera involucrando a un menor. En este caso, el Comité dictaminó que se había producido una violación de la prohibición de tortura consagrada en el art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1989 (BOE n° 313, de 31 de diciembre de 1990)), habida cuenta, entre otros factores, de la violencia que sufren los migrantes en la zona fronteriza y de la ausencia de análisis por parte de las au-

El dictamen determinó que este tipo de devoluciones de hecho, practicadas por los funcionarios públicos españoles, supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en el 20.1 (protección debida por el Estado a toda persona menor privada de su medio familiar) y 37 (no sometimiento a las personas menores a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) de la Convención de Derechos del Niño, en la medida en que no permite someter a un menor a un proceso de identificación y evaluación de su situación personal y de la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable previa a su entrega a las autoridades de Marruecos y no se le da la oportunidad de presentar objeciones a esa devolución<sup>21</sup>.

## 2. Imposibilidad de identificación y recurso

**10.** Como expusimos, la normativa española sobre devolución de extranjeros obliga a las autoridades a identificar a los individuos para poder iniciar un procedimiento administrativo individualizado antes de ser devueltos a su país de origen. Así lo determinó también la STEDH por la que se resuelve el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* que obliga a los Estados a que se proceda a la identificación y al análisis individualizado de la situación de cada persona que pretende entrar irregularmente. Al instarse las devoluciones inmediatas no es posible identificar individualmente en cada caso a cada extranjero, y en ausencia de cualquier identificación, información o procedimiento se les priva de recurso interno con respecto a su devolución, incluidos los recursos previstos por la legislación nacional y de la UE<sup>22</sup>. El Tribunal recuerda la plena aplicabilidad del CEDH a todas las actuaciones de control migratorio y de fronteras efectuadas por las autoridades de un Estado parte de la Convención<sup>23</sup>.

**11.** De la jurisprudencia del TEDH<sup>24</sup> se desprende que el art. 4 del Protocolo nº 4 tiene como objetivo mantener la posibilidad, para cada uno de los extranjeros interesados, de denunciar un riesgo de tratamiento incompatible con el Convenio, y en particular con el art. 3, en caso de que la devolución exponga a cualquier persona a un riesgo. Por esa razón, el art. 4 del Protocolo nº 4 requiere que las autoridades estatales se aseguren de que cada uno de los extranjeros tenga la posibilidad efectiva de presentar argumentos contra su devolución. Esto no quiere decir que cuando varios extranjeros estén sujetos a similares decisiones cada uno de los procedimientos conlleve la existencia de una expulsión colectiva en atención al art. 4 del Protocolo nº 4 del Convenio si cada persona interesada ha tenido la oportunidad de interponer argumentos en contra de su devolución a las autoridades competentes de forma individual, lo contrario si lo supondría<sup>25</sup>. Los requisitos de esta disposición solo pueden cumplirse

---

toridades españolas del riesgo que suponía devolver al menor a Marruecos (Comité de los Derechos del Niño, 2019, p. 12). [http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016\\_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf](http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf)

<sup>21</sup> Dictamen CRC/C/80/D/4/2016, aps. 14.7 y 14.8.

<sup>22</sup> S. KRISPER, *The European Union's safe country concepts versus the principle of non-refoulement*, Tesis doctoral, Universität Wien, 2012: el autor defiende que los factores de gravedad en virtud del art. 3 del CEDH por sí solos son, en primer lugar, la falta de disponibilidad de un recurso efectivo y el efecto suspensivo de los procedimientos contra una decisión de expulsión en el tercer Estado receptor y, en segundo lugar, la falta de cierta calidad del procedimiento único del tercer Estado, teniendo como resultado en el caso respectivo un alcance de protección más restrictivo que el previsto por la definición de refugiado universal.

<sup>23</sup> Un análisis de esta sentencia se puede ver en C. DE CASTRO SÁNCHEZ, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa y otros. c. Italia*, 27765/09. Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17.46, 2013, pp. 1119-1135 y M.D. BOLLO AROCENA, “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)”, VVAA, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 647-666.

<sup>24</sup> Vid. STEDH (Sección tercera), *Conka c. Bélgica*, demanda nº 51564/99, de 5 de febrero de 2002; STEDH (Sección tercera), *Sultani c. Francia*, demanda nº 45223/05, de 20 de septiembre de 2007 y STEDH (Gran Sala), *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda nº 27765/09, de 23 de febrero de 2012, entre otras.

<sup>25</sup> Para A. CHUECA SANCHO el que varias decisiones de expulsión presenten una redacción idéntica debería ser un identificador clave para que el TEDH considere la expulsión como colectiva. Vid. A. CHUECA SANCHO, “El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 1, 2002, 9-36, p. 23.

cuando cada extranjero tiene una posibilidad efectiva de presentar argumentos contra su expulsión o devolución, y donde esos argumentos sean examinados de una manera apropiada por las autoridades del Estado demandado<sup>26</sup>.

**12.** La falta de identificación en las devoluciones en caliente efectuadas en Ceuta y Melilla impide la presentación de recursos ante las autoridades españolas, lo que vulnera claramente el art. 13 CEDH:

“Toda persona cuyos derechos y libertades según lo establecido en [la] Convención sean violados tendrá un recurso efectivo ante una autoridad nacional a pesar de que esa violación ha sido cometida por personas que actúan a título oficial”.

Como vemos el art. 13 de la Convención garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un recurso para hacer cumplir los derechos y libertades de la Convención en cualquier forma para que puedan estar aseguradas. El efecto de esa disposición requiere, por lo tanto, la provisión de un recurso interno para tratar el fondo de una “queja” bajo la Convención y para conceder la solución apropiada.

### 3. Incumplimiento del Acuerdo Hispano-marroquí

**13.** El Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 cuya entrada en vigor se produjo el 21 de octubre de 2012, no es un instrumento jurídico en el que las autoridades españolas puedan amparar las denominadas devoluciones en caliente en detrimento de la aplicación de los procedimientos establecidos en la LOEx. Tampoco a partir de su articulado se pueden justificar actuaciones de entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho sin la realización del correspondiente procedimiento administrativo previo. El Acuerdo expresamente establece la necesidad de realización de un procedimiento en el que se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo<sup>27</sup>. De la literalidad del art. 2 se desprende la necesidad de que en España se haya realizado un procedimiento administrativo con todas las garantías para poder proceder a la devolución del extranjero<sup>28</sup>.

Por otro lado, es necesario entender que el Acuerdo hispano-marroquí es un acuerdo de readmisión. Eso no significa que por el hecho de existir dicho acuerdo no sea necesario que previamente a esa readmisión se haya instruido el correspondiente procedimiento administrativo con todas las garantías exigibles en la LOEx y la ley de procedimiento administrativo. Por tanto, el Acuerdo hispano-marroquí y la LOEx son normas compatibles y no excluyentes que, en ningún caso, regulan una misma actividad administrativa. En este sentido, la LOEx regula los procedimientos en virtud de los cuales un ciudadano

<sup>26</sup> Vid. STEDH (Gran Sala), *Khlaifia y otros c. Italia* de 15 de diciembre de 2016, párr. 248: los representantes los solicitantes no pudieron indicar “el más mínimo fundamento fáctico o legal que, según el Derecho internacional o nacional, podrían haber justificado presencia en territorio italiano y excluir [d] su expulsión”. Esto llamó a cuestionar la utilidad de una entrevista individual en ese caso (*ibid.*, párr. 253).

<sup>27</sup> I. GONZÁLEZ GARCÍA, “El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla”, *Anuario Español de Derecho internacional (Universidad de Navarra)*, vol XXII, 2006, pp. 255-284.

<sup>28</sup> Art. 2 Acuerdo Hispano-Marroquí: “La readmisión se efectuará si se aprueba, por cualquier medio, que el extranjero cuya readmisión se solicita proviene efectivamente del territorio del Estado requerido.

La solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo.

Cuando la readmisión es aceptada, se documenta mediante la expedición por las Autoridades de frontera del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar otro documento en el que se hace constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión”.

extranjero puede ser devuelto a otro territorio. Por el contrario, el Acuerdo hispano-marroquí regula la forma de ejecución de la readmisión del inmigrante en territorio marroquí, es decir, una vez que las autoridades administrativas españolas han resuelto expulsar o devolver a un inmigrante, y es ahí, cuando comienza a aplicarse el acuerdo de readmisión<sup>29</sup>.

14. El Acuerdo regula una serie de obligaciones. Por un lado, los arts. 1 y 2 exigen una petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, en la que deberán constar “todos los datos disponibles relativos a la identidad, documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y las condiciones de su entrada ilegal en territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información que se disponga sobre el mismo”. Igualmente se establece que “cuando la readmisión es aceptada, se documenta mediante la expedición por las Autoridades de frontera del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión”. En ese sentido, al margen de las obligaciones derivadas de la legislación de extranjería, el Acuerdo regula una serie de obligaciones recíprocas para la ejecución de las entregas que excluyen, sin lugar a dudas, cualquier tipo de actuaciones administrativas por vías de hecho. Se hace, entonces, necesario diferenciar que el procedimiento regulado en el art. 58 LOEx para la devolución, establece las garantías previas para poder realizar dicha devolución<sup>30</sup>, mientras que el Acuerdo hispano marroquí regula la forma en que debe realizarse dicha readmisión cuando el lugar de destino del extranjero está en Marruecos.

Por tanto, el Acuerdo hispano-marroquí de readmisión no justifica la aplicación de las llamadas devoluciones “en caliente” por no ser susceptible, en función de la materia que regula, de excepcionar la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería. Al contrario, este Acuerdo establece nuevas obligaciones para la ejecución en materia de estas entregas de ciudadanos extranjeros<sup>31</sup>.

### III. Las devoluciones “en caliente” en la doctrina del TEDH

#### 1. Planteamiento

15. Existe un amplio consenso dentro de Europa con respecto a la obligación y la necesidad de que los Estados miembros protejan sus fronteras: ya sea sus propias fronteras o las fronteras externas del área Schengen, según sea el caso, cumpliendo con las garantías establecidas en la CEDH, y en particular con la obligación del principio de *no devolución* a los solicitantes de asilo<sup>32</sup> o protección internacional<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “‘Devoluciones en caliente’. Guerra sucia en la Frontera Sur”, *Crítica*, Ejemplar dedicado a: *Las migraciones en un mundo globalizado*, nº 994, 2014, pp. 41-46.

<sup>30</sup> El art. 23 RLOEx deja claro que “el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución” no sólo tendrá que ser llevado “a la mayor brevedad posible” a Comisaría, sino que también “tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete” con las garantías traspuestas del art. 12 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo referidas al derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen.

<sup>31</sup> *Informe jurídico “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”* [http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20%281%29.pdf](http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf)

<sup>32</sup> El Reglamento de Dublín determina el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros de la Unión Europea y constituye la piedra angular del Sistema Europeo Común de Asilo. Su objetivo es combatir los movimientos secundarios de solicitantes de asilo al establecer una única oportunidad para presentar una solicitud de protección internacional en Europa. Para ello, se basa en la idea de que los solicitantes de asilo serían tratados por igual y tendrían la misma oportunidad de recibir protección internacional en todos los Estados miembros de la UE. Si bien esto ha sido cuestionado en la práctica desde la llamada crisis de refugiados en 2015, esta premisa se cuestiona más fundamentalmente por el principio de «no devolución» en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, que establece los límites del sistema de Dublín y revela sus defectos sistémicos, *vid.* C. BAULOZ, “Le règlement Dublin à l’épreuve du principe de non-refoulement : chronique d’une crise annoncée”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 27, nº 2, 2017, pp. 139-150.

<sup>33</sup> *Vid.* J.C. SIMEON, “What is the future of non-refoulement in international refugee law?”, *Research handbook on international refugee law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2019, pp. 183-206; O. LE FORT, *La preuve et le principe de non-refoulement : entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations*, Ginebra,

En los Estados firmantes del CEDH, como España, cuyas fronteras coinciden, al menos en parte, con las fronteras exteriores del espacio Schengen, la efectividad de los derechos de la Convención requiere que estos Estados pongan a disposición de los extranjeros acceso legítimo y efectivo a los medios de entrada legal, en particular, los procedimientos para quienes han llegado a la frontera. Esos medios deberían permitir a todas las personas que se enfrentan a una persecución poder presentar una solicitud de protección basada en particular en el art. 3 de la Convención, bajo unas condiciones que aseguren que la solicitud se procese de manera coherente con las normas internacionales, incluida la Convención<sup>34</sup>. El Código de fronteras Schengen, en su art. 4.1 establece que las fronteras externas solo se pueden cruzar en los puntos de cruce y durante el horario de apertura, presuponiéndose la existencia de un número suficiente de puntos de cruce. En ausencia de dichos pasos fronterizos existe la posibilidad de que los Estados rechacen la entrada a su territorio y puedan hacer ineficaces todas las disposiciones de la Convención diseñadas para proteger a las personas que se enfrentan a un riesgo de persecución.

Las primeras demandas planteadas ante el TEDH por las devoluciones por la “vía de hecho” o “en caliente” tardaron en llegar debido a la complejidad de presentar una demanda en estas instancias “tanto por las dificultades reales que plantea la prueba e identificación de las víctimas de estas prácticas como por los diferentes intentos seguidos para intentar obtener un pronunciamiento de las instancias judiciales españolas” sin posibilidad de recurso previo<sup>35</sup>.

**16.** En la primera sentencia referida a las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla del TEDH *N.D. y N.T. c. España* de 3 de octubre de 2017, el Tribunal declaró inadmisibles las quejas planteadas por los demandantes en relación con la vulneración del art. 3 del Convenio que regula la prohibición de la tortura, y admitió las quejas relativas al art. 4 del Protocolo nº4, que se refiere a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y al art. 13 del Convenio, respecto al derecho a un recurso efectivo y de estos dos artículos puestos en relación. Esto supuso una vulneración flagrante del art. 13 CEDH por el estado español en relación con el art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH admitiendo que los extranjeros, en las devoluciones en caliente, son privados de cualquier recurso impidiéndoles presentar su queja de conformidad con el art.4 del Protocolo nº 4 CEDH ante una autoridad competente y para obtener una minuciosa y rigurosa evaluación de sus solicitudes antes de ser devueltos<sup>36</sup>. Existe una prohibición internacional con respecto a las expulsiones colectivas recogida en numerosa doctrina del TEDH<sup>37</sup>. Las medidas ejecutadas

---

Schulthess / Éditions romandes, 2018; L. BIANKU, “Le non-refoulement comme principe du droit international et le rôle de la Cour européenne des droits de l’homme dans sa mise en œuvre”, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 23, nº 1-12, 2017, pp. 11-13, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2017\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2017_FRA.pdf); H. RASPAIL, “Le principe de non-refoulement en situation d’afflux massif”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 29, nº 115, julio 2018, pp. 613-650.

<sup>34</sup> F. DE WECK, *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention Against Torture: the assessment of individual complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee Against Torture under Article 3 CAT*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2017, donde se puede ver una comparación de la jurisprudencia y la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura en casos individuales relacionados con el principio de no devolución, en casos de expulsión y extradición presentados por personas en virtud del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o del art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Vid.* también C. COSTELLO, Y M. FOSTER, “Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 273-327.

<sup>35</sup> J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, “Las ‘devoluciones en caliente’ en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 65 (enero-marzo 2018), 2018; C. SOLER GARCÍA, “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 45, 2018, pp. 107-160.

<sup>36</sup> STEDH (Sección Tercera), *N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017, el Tribunal consideró que esta queja era “discutible” para el propósito del artículo 13 CEDH. *Vid.* STEDH *Hirsi Jamaa y otros*, párr. 201.

<sup>37</sup> C. SOLER GARCÍA, “La prohibición de las expulsiones colectivas ...”, *loc. cit.*; M. D. BOLLO AROCENA, “Límites personales y materiales al derecho de los Estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el Derecho internacional Público”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2012*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 111-186; C. DE CASTRO SÁNCHEZ, “El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 1119 – 1135; A. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas las “devoluciones en caliente””, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 36, 2017, pp. 196-225.

a través de las devoluciones en “caliente” sin decisión judicial o administrativa previa, sin procedimiento administrativo y sin identificación de las personas, permitió al TEDH en su sentencia de 2017 considerar que estas actuaciones eran expulsiones colectivas prohibidas por el art. 4, Protocolo nº 4 (prohibición de expulsión colectiva de extranjeros) CEDH y del art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo).

17. Posteriormente, la Gran Sala en su Sentencia de 13 de febrero de 2020 a pesar de admitir esta vulneración por parte del estado español consideró la falta de culpabilidad del mismo en atención al criterio para la interpretación de tales artículos, la “conducta previa del interesado”. En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, los Estados pueden rechazar la entrada a su territorio a extranjeros, incluidos posibles solicitantes de asilo y menores, que no han solicitado el acceso legal al territorio, cuando pretendan cruzar la frontera por un lugar no habilitado, especialmente, en la valla de Ceuta y Melilla, aprovechando su gran número y el “uso de la fuerza”. Las expulsiones colectivas, aunque vulneren el art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH, pueden ser aceptadas, según el TEDH, cuando exista una conducta culpable atribuible al interesado por no haber presentado previamente una solicitud de protección internacional o un visado de entrada siempre que se realicen en gran número y con uso de la fuerza<sup>38</sup>.

## 2. Justificación del rechazo a un extranjero por no haber presentado previamente una solicitud de protección internacional o visado. La conducta previa del interesado

18. Uno de los argumentos esgrimidos por la Gran Sala en su Sentencia de 13 de febrero de 2020 (*N.D. y N.T. c. España*) para declarar que no había vulnerado el art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH fueron los “esfuerzos realizados por España”, en respuesta a los flujos migratorios en sus fronteras, para aumentar el número de puestos fronterizos oficiales, puntos de cruce y mejorar el derecho de acceso efectivo a ellos, y por lo tanto, para hacer más seguro, en beneficio de aquellos que necesitan protección, la posibilidad de acceder a los procedimientos establecidos a tal efecto.

19. El Tribunal admitió que, en virtud del art. 38 de la Ley 12/2009 los cónsules y embajadores españoles podían garantizar el traslado a España de personas en necesidad de protección a través de varios medios para solicitar la admisión al territorio nacional<sup>39</sup>, ya sea solicitando un visado o la protección internacional, en particular en la frontera de Beni-Enzar, pero también en las representaciones diplomáticas y consulares de España en los países de origen de los extranjeros o tránsito o en Marruecos<sup>40</sup>. La disponibilidad y accesibilidad real de estas vías legales se discutió en detalle en los procedimientos de la Gran Sala que dio lugar a la Sentencia de 13 de febrero de 2020. El Tribunal consideró que las autoridades españolas habían establecido una oficina para el registro de solicitudes de asilo (“la Unidad Especial de Protección Internacional”), abierta las 24 horas, en el paso fronterizo internacional de Beni-Enzar, incluso antes de la creación de una oficina de registro de asilo, se había establecido una vía legal a tal efecto en virtud del art. 21 de Ley 12/2009. El Gobierno español alegó que la devolución de los demandantes había sido consecuencia de su propia “conducta culpable” a los fines de la reiterada jurisprudencia del TEDH. Los solicitantes habían intentado ingresar al territorio español de forma no autorizada<sup>41</sup> y de ninguna manera los solicitantes habían podido demostrar que no pudieron utilizar los “numerosos” procedimientos legales disponibles para obtener permiso para cruzar la frontera hacia

<sup>38</sup> Un estudio más en profundidad acerca de las sentencias del TEDH se puede ver en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “El control de las fronteras exteriores de la Unión Europea: las devoluciones en caliente”, *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea, I Foro europeo de Derecho internacional privado*, coord. A. FERNÁNDEZ PÉREZ, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 111-150.

<sup>39</sup> Para un estudio en profundidad del art. 38 de la Ley de asilo *vid.* A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular. A propósito de la nueva ley de asilo”, *REEI*, vol. 18, 2009, pp. 21 y ss.

<sup>40</sup> *Vid.* arts. 21 y 38 de la Ley 12/2009, y los Artículos 4, 16 y 29 (4) del Real Decreto 203/1995. El estudio de J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Expulsiones ‘en caliente’, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, nº 196, 2015, pp. 309-329 analiza claramente las dificultades que tienen los solicitantes de asilo o protección internacional de presentar sus solicitudes en Ceuta y Melilla.

<sup>41</sup> *Vid.* Art. 25 LOEx.

España. El gobierno argumentó que estaba “abierto a cualquier extranjero que deseara ingresar a España para solicitar asilo o protección internacional” a través del Paso fronterizo de Beni Enzar<sup>42</sup> o en la embajada española en Rabat o en los consulados españoles en Marruecos (en particular en Nador), o una Embajada española o Consulado en otro país<sup>43</sup>. Por lo tanto, los solicitantes “podrían, si hubieran necesitado solicitar asilo u obtener protección internacional por otros motivos presentar tal reclamo a las instituciones antes mencionadas”<sup>44</sup>.

**20.** Los demandantes, por su parte, impugnaron la afirmación del Gobierno de que el Estado demandado les había brindado opciones legales y efectivas para la entrada legal en España. Enfatizaron la imposibilidad de obtener acceso a la mayoría de los lugares mencionados por el Gobierno, especialmente para individuos del África subsahariana. La justificación de por qué las personas subsaharianas no presentaron sus solicitudes de protección en los puestos fronterizos se debió, según el ACNUR y el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, a que físicamente, en la práctica, es imposible o muy difícil para personas de África subsahariana en Marruecos acceder a estos puestos<sup>45</sup>.

**21.** A este argumento, entendió el TEDH, que los perfiles raciales o controles de pasaportes severos en el lado marroquí, no sugieren que el Gobierno español fuera de ninguna manera responsable de estas cuestiones. Los demandantes, según el TEDH (Gran Sala), no cuestionaron la posibilidad efectiva de solicitar un visado en las embajadas españolas, ya sea en sus países de origen o en uno de los países donde los Solicitantes habían viajado desde 2012. Para el Tribunal, en el caso de ND, un tratado especial entre España y Mali ofrecía una posibilidad adicional de obtener una visa de trabajo especial<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Vid. art. 21 Ley 12/2009. Una visión distinta de la argumentada por el Gobierno español se puede ver en “Sin protección en la frontera. Derechos humanos en la frontera sur: entre Nador y Melilla” del Servicio Jesuita a Migrantes e Instituto Universitario de Estudios Sobre Migraciones, octubre de 2017, <https://sjme.org/wp-content/uploads/2017/10/sin-proteccion-en-la-frontera.pdf> en el que se afirma que “A principios de 2015 se habilitaron dos Oficinas de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior en el paso fronterizo de Beni-Enzar. Como hemos descrito en el apartado anterior, no es fácil acceder a las mismas, debido al control previo de la policía marroquí: prácticamente todas las personas sirias acaban comprando documentación falsa para cruzar la frontera; y las personas subsaharianas ni siquiera pueden acceder al puesto fronterizo”.

<sup>43</sup> Por el contrario, en el informe “Sin protección en la frontera. Derechos humanos en la frontera sur: entre Nador y Melilla” del Servicio Jesuita a Migrantes e Instituto Universitario de Estudios Sobre Migraciones, octubre de 2017, <https://sjme.org/wp-content/uploads/2017/10/sin-proteccion-en-la-frontera.pdf>, se afirma que “Tampoco les facilitó la posibilidad de solicitar asilo o un visado humanitario en el Consulado de España en Nador, tal como prevé el artículo 38 de la Ley de Asilo. Algunas ONG, como CEAR, instaron esta posibilidad. Los propios refugiados sirios se manifestaron delante del Consulado en dos ocasiones, en septiembre de 2015”.

<sup>44</sup> Vid. art. 38 de Ley 12/2009. Una visión contraria a la alegada por el Gobierno español se puede ver en CEAR, “El Consulado de Nador, una oportunidad para solicitar refugio de forma segura”, 28 de julio de 2015, <https://www.cear.es/el-consulado-de-nador-una-oportunidad-para-solicitar-refugio-de-forma-segura/>. La CEAR afirmó que “Las Embajadas y Consulados de España en Marruecos, especialmente el situado en Nador, deben permitir la posibilidad de solicitar protección internacional, tal y como contempla la Ley de Asilo. Así lo ha reclamado hoy la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

En sendas cartas enviadas a los titulares de los ministerios del Interior y de Asuntos Exteriores y Cooperación, la organización señala que con esta se medida evitaría que muchas personas tengan que arriesgar su vida en el mar o saltando las vallas de Ceuta y Melilla para presentar su solicitud de asilo”.

<sup>45</sup> CEAR, “Informe 2018: Las personas refugiadas en España y Europa” <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/informe-anual-cear-2018.pdf> afirma que “Cabe resaltar que a la población de procedencia subsahariana le sigue resultando imposible cruzar la frontera hispano-marroquí porque las autoridades del país vecino lo impiden. Por tanto, no pueden acceder a las oficinas de asilo habilitadas en la frontera y solo pueden solicitar la protección internacional aquellas que han logrado cruzarla de forma irregular, escondidas en el interior de vehículos o saltando la valla fronteriza”.

<sup>46</sup> STEDH *N.D y N.T. c. España* de 2020. “No parece que el demandante, especialmente si era solicitante de asilo o protección internacional, pudiera cumplir con los requisitos establecidos en el art. 3 del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007: “1. Las Partes contratantes impulsarán la contratación legal de nacionales de la otra Parte contratante en su territorio, previo el análisis de sus mercados de trabajo y de la complementariedad de éstos, cuando las cualificaciones profesionales de los nacionales de la Parte contratante de origen casen con las necesidades de las empresas y empleadores de la Parte contratante de acogida. 2. La Parte contratante de acogida favorecerá los contactos entre dichas empresas y empleadores y el interlocutor designado por la Parte contratante de origen, y canalizará a dicho órgano designado como interlocutor las ofertas de empleo formuladas por las citadas empresas y empleadores. Las Partes contratantes intercambiarán información sobre la situación de sus mercados de trabajo, a través de los interlocutores que para ello se designen. 3. La contratación legal de los nacionales de la Parte contratante de origen en la Parte

22. El TEDH destaca que la Convención tiene por objeto garantizar los derechos de aquellos que se encuentran dentro de su jurisdicción, pero únicamente derechos prácticos y efectivos no derechos teóricos e ilusorios<sup>47</sup>. Considera que el deber general para un Estado contratante bajo el art. 4 del Protocolo nº 4 no es traer personas que están bajo la jurisdicción de otro Estado dentro de su propia jurisdicción aunque existan dificultades para acercarse físicamente a este paso fronterizo en el lado marroquí. Por lo que no puede achacarse ninguna responsabilidad del Gobierno español por esta situación. Esta conclusión fue suficiente para que la Gran Sala concluyera que no ha habido ninguna violación del art. 4 del Protocolo No. 4 en el asunto en atención a la conducta de los interesados al no solicitar asilo en los puestos fronterizos o en las embajadas o consulados españoles.

23. A la luz de estas observaciones, el Tribunal consideró que los solicitantes no hicieron uso de procedimientos legales existentes para obtener la entrada legal al territorio español de conformidad con las disposiciones del Código de fronteras Schengen relativas al cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen. En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, el Tribunal<sup>48</sup> consideró que la falta de decisiones de expulsión individuales puede atribuirse al hecho de que los solicitantes, no hicieron uso de los procedimientos oficiales de entrada existentes para ese propósito, y por lo tanto, la falta de identificación y su devolución inmediata fue consecuencia de su propia conducta<sup>49</sup>.

### 3. Justificación de las devoluciones en caliente en atención a la conducta de los extranjeros durante la entrada

24. Para determinar si un Estado incumple la normativa de Derechos humanos de acuerdo con el art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH respecto a la prohibición de las expulsiones colectivas es necesario determinar la conducta previa y durante la entrada del solicitante de acuerdo con la doctrina del TEDH. Analizada en el apartado anterior la conducta previa la jurisprudencia establecida por el Tribunal determina que no existe vulneración del artículo 4 de Protocolo nº 4 si la falta de una decisión de expulsión o devolución individual es debida a la propia conducta del solicitante<sup>50</sup>. La Gran Sala consideró que los demandantes, en el presente caso, eran miembros de un grupo compuesto por numerosas personas que intentaron entrar en territorio español cruzando una frontera terrestre en un lugar no autorizado, aprovechando su gran número y en el contexto de una operación que había sido planificada de antemano. Que

---

contratante de acogida será conforme con los procedimientos laborales vigentes en ésta y se regirá por su legislación sobre la materia. 4. Los nacionales de Mali que no se hallen o residan en España podrán ser contratados en el marco del contingente anual de trabajadores extranjeros que en su caso apruebe el Gobierno español siempre que reúnan los requisitos establecidos para ello. 5. Cada Parte contratante proseguirá sus esfuerzos tendentes a facilitar, en el marco de la legislación vigente, la expedición de visados de estancia múltiple a nacionales de la otra Parte contratante en los casos en que el solicitante del visado sea personal directivo u hombres de negocios, investigadores o científicos, profesores universitarios, artistas o intelectuales de reconocido prestigio, deportistas profesionales de alto nivel, que participen activamente en las relaciones económicas, sociales, científicas, universitarias, culturales y deportivas entre ambos países”.

<sup>47</sup> Vid. entre otras STEDH *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párr. 24; STEDH (Gran Sala) *Leyla Şahin c. Turquía*, demanda nº 44774/98, de 10 de noviembre de 2005, párr. 136; STEDH *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, párr. 175; y STEDH *Ibrahim y otros c. Reino Unido* (Gran Sala), demanda nº. 50541/08 y 3 más, de 13 de septiembre de 2016, párr. 272.

<sup>48</sup> Vid. *mutatis mutandis*, STEDH (Gran Sala) *Khlaifia y otros c. Italia* de 15 de diciembre de 2016, párr. 253; sin embargo, vid. también las opiniones de Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre un procedimiento de comunicación, relativo a la comunicación nº 4/2016. [http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016\\_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf](http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf)

<sup>49</sup> Á. SÁNCHEZ LEGIDO, “Las devoluciones en caliente españolas ante el tribunal de Estrasburgo”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 72, nº 2 (julio-diciembre 2020), pp. 235-259, considera que este concepto es “un ciego aval a las políticas de externalización de controles migratorios, el Tribunal afirma expresamente la irrelevancia de la ausencia de vías de acceso cuando la inaccessibilidad no responde a motivos de los que sean responsables los Estados europeos”.

<sup>50</sup> Vid. *Khlaifia y otros*, cit. párr. 240, y *Hirsi Jamaa y otros*, cit. párr. 184; vid. también STEDH (Sección cuarta) *MA c. Chipre*, demanda nº 41872/10, de 23 de julio de 2013, párr. 247; STEDH, *Berisha y Haljiti c. “La ex República Yugoslava de Macedonia”*, demanda nº 18670/03, de 16 de junio de 2005; y STEDH, *Dritsas y otros c. Italia*, demanda nº 2344/02, de 1 de febrero de 2011; vid. C. SOLER GARCÍA, “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 45, 2018, pp. 107-160.

los solicitantes se pusieron en peligro al participar en el asalto de las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto de 2014, aprovechando el numeroso grupo y el uso de la fuerza. Tuvo en cuenta, además, que las reclamaciones de los solicitantes en virtud del art. 3 fueron declaradas inadmisibles por el Tribunal de instancia en su Sentencia de 2017<sup>51</sup>.

25. El TEDH discurrió que este mismo principio también debía aplicarse a las situaciones en la cual la conducta de las personas que cruzan una frontera terrestre por un lugar no autorizado aprovechando deliberadamente su gran número y el uso de la fuerza, para crear una situación claramente disruptiva que es difícil de controlar y pone en peligro la seguridad pública. No obstante, esta conclusión debe ser entendida, según la Gran Sala, junto con las circunstancias del caso particular, el Estado demandado proporcionó acceso efectivo a los medios legales entrada, y en particular en los procedimientos fronterizos. Cuando el Estado demandado proporciona dicho acceso pero el solicitante no hace uso de él, el Tribunal considera, y sin perjuicio de la aplicación de arts. 2 y 3 del CEDH, que aunque hubiera razones convincentes para no hacerlo, el Estado demandado no es responsable<sup>52</sup>.

#### 4. Imposibilidad de presentar recurso contra las devoluciones en caliente

26. El TEDH confirmó que no se puede plantear un derecho al recurso al no tener acceso los extranjeros, antes de su devolución, a ningún procedimiento de identificación y comprobación de sus circunstancias personales. El carácter inmediato de la devolución *de facto* priva a los demandantes de toda vía de recurso que les permita presentar ante una autoridad su queja en relación con el art. 4 del Protocolo n° 4<sup>53</sup>.

27. Al contrario que la argumentación esgrimida por el TEDH (Sala 3ª) en 2017, para la Gran Sala la falta de un recurso con respecto a los demandantes no constituye en sí misma una violación del art. 13 del Convenio debido a que al ponerse los demandantes en peligro participando en el salto de las vallas fronterizas impidieron ellos mismos que las autoridades españolas les pudieran identificar. Al no poder justificar por qué no habían intentado acceder a España por las vías legales, es decir, solicitando un visado en su país de origen, en los países de tránsito o pidiendo asilo en los consulados o en la embajada de España en Marruecos el Tribunal considera que la devolución en caliente fue consecuencia de la propia conducta de los solicitantes, y, que, por lo tanto, no existe violación del artículo 13 del Convenio.

### IV. La Disposición Adicional 10ª de la Ley de Extranjería: doctrina constitucional

#### 1. Regulación

28. En este marco legal se inserta la controvertida disposición adicional décima de la LOEx<sup>54</sup>, introducida por la LOPSC, posteriormente a los acontecimientos que dieron lugar a las STEDH de 2017

<sup>51</sup> STEDH (Sección Tercera), *N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 y STEDH (Gran Sala), *N.D. y N.T. c. España*, de 13 de febrero de 2020.

<sup>52</sup> Esta jurisprudencia choca con la anterior doctrina del TEDH *Saadi c. Italia* (Gran Sala), demanda n° 37201/06, de 28 de febrero de 2008, párrs. 124-125, donde “la conducta anterior del demandante, por indeseable o peligrosa que haya sido, no es un elemento a tener en cuenta para la expulsión”.

<sup>53</sup> STEDH (Sección Tercera), *N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017.

<sup>54</sup> La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) introdujo una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, estableciendo un régimen especial para las devoluciones en Ceuta y Melilla con el siguiente tenor

“1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

y 2020 (NT y ND c. España). que prevé en su apartado 1 el “rechazo en frontera” de los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla. Los otros dos apartados de la disposición adicional tienen un carácter instrumental: se precisa cómo ha de hacerse el rechazo (apdo. 2) y dónde se han de formalizar, en su caso, las solicitudes de protección internacional (apdo. 3).

La reforma operada por la Disposición Final primera de la LO 4/2015 que adiciona una Disposición adicional décima a la LOEx parece desconocer totalmente la legislación de extranjería, el Derecho internacional público y la normativa de derechos humanos ya que, como hemos visto, para poder llevar a cabo una devolución de un extranjero se debe seguir un procedimiento administrativo que cumpla las garantías establecidas en la ley. El propio Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa había recomendado de manera reiterada desde 2005 que las prácticas de las devoluciones en caliente cesaran<sup>55</sup>.

## 2. La errónea interpretación jurídica del rechazo en frontera por el TC

**29.** La Disposición adicional 10ª de la LOEx introducida a través de la LOPSC impide la tramitación de un procedimiento administrativo para las devoluciones realizadas en la valla que cumpla las garantías establecidas en la ley y en la normativa de Derechos humanos. Ante una devolución “en caliente”, todos estos Derechos son vulnerados de manera flagrante. Pero fundamentalmente se vulnera el derecho a solicitar la protección internacional recogida en el art. 58.4º LOEx que establece que el extranjero que se encuentre en situación de ser devuelto tiene derecho a presentar dicha solicitud y no podrá efectuarse la devolución “hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional” y la Convención de Derechos del niño<sup>56</sup>.

**30.** El problema de esta disposición adicional es querer incluir un régimen especial de devoluciones sin garantías jurídicas a Ceuta y Melilla que además modifica la frontera española con Marruecos<sup>57</sup>. Esta disposición rompe con la regulación establecida en la propia LOEx e introduce una distinción específica para las devoluciones de Ceuta y Melilla, a las que deja sin garantías jurídicas en la práctica con respecto a las reguladas en el art. 58 LOEx. La experiencia demuestra que no se permite la identificación de menores<sup>58</sup> o el ejercicio de la petición del derecho de asilo; configura un procedimiento especial para los grupos de personas que pretenden entrar en nuestro territorio desde dos únicos enclaves, a los que reducen las garantías con respecto al régimen general contraviniendo la obligación que tiene el Estado de realizar un trato individualizado de cada caso en concordancia con la prohibición de expulsiones colectivas, las cuales están expresamente prohibidas en los casos de devolución, expulsión y extradición por el art. 19.1º CDFUE.

<sup>55</sup> Informe de Á. GIL-ROBLES, Comisario de Derechos Humanos en su visita a España 10–19 de marzo de 2005, <https://rm.coe.int/16806db842>, p. 41 y ss.

<sup>56</sup> Como ya expuso el dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016).

<sup>57</sup> Las fronteras, las aguas interiores y el mar territorial se fijan por normas internacionales de obligado cumplimiento por España. En las ciudades de Ceuta y Melilla existe un doble vallado: una valla interna y una valla externa. La valla externa ha sido levantada por el Gobierno español y está construida sobre territorio español. Por tanto, el Estado ejerce plenamente allí su soberanía. Las playas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sus aguas interiores, y el mar territorial conforman parte del territorio español. En este sentido, J.A. DEL VALLE GÁLVEZ y M.A. ACOSTA SÁNCHEZ consideran que “el problema de la Disposición Adicional de la Ley Orgánica es que al decir que el vallado (“elementos de contención fronterizos”) es la demarcación territorial de las Ceuta y Melilla, está aceptando el control y la jurisdicción que ejerce Marruecos sobre el territorio español más allá de la valla exterior. Este territorio sería aproximadamente unos 180.000 metros cuadrados en el caso de Ceuta y unos 144.600 metros cuadrados en el caso de Melilla”, en “Delimitación y demarcación de las fronteras y vallas de Ceuta y Melilla ¿Cesión territorial a Marruecos?”, *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: Desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el estado de derecho* / A. SALINAS DE FRÍAS y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ (dirs.), 2021, pp. 21-50, esp. 48.

<sup>58</sup> “El Estado parte debe revisar la disposición adicional décima de dicha ley en relación con el “Régimen Especial de Ceuta y Melilla,” la cual autorizaría la práctica indiscriminada del Estado parte de deportaciones automáticas en su frontera” de acuerdo con el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación nº 4/2016. [http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016\\_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf](http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf).

**31.** El “rechazo en frontera” de la disposición adicional décima de la LOEx no tiene ninguna justificación jurídica. Si se interpreta conforme a la STC no hay ninguna distinción entre la DA 10ª y la devolución prevista en el art. 58.3 LOEx, en los términos que se expusieron en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12, para diferenciarla de la expulsión y que son trasladables al presente caso. Con la devolución –y también con el rechazo en frontera–, se “pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido [...] En suma [...] consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tiene como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España”<sup>59</sup>.

**32.** Para el TC en su STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, parece razonable y justo el establecimiento de un régimen específico para Ceuta y Melilla por su singularidad ubicación geográfica, al ser la única frontera exterior del espacio Schengen en tierras africanas. Para ello se apoya en la STEDH (*NT y ND c. España*) de la Gran Sala de 2020 que afirmó que España había tomado medidas para la protección internacional o solicitudes de visado en los países de origen, tránsito y Marruecos<sup>60</sup> y que los solicitantes habían accedido por puestos no habilitados valiéndose de un gran número y del uso de la fuerza<sup>61</sup>.

**33.** Como ya expusimos, la alusión realizada por el TEDH a la situación específica en que se produce el cruce irregular de la línea fronteriza intentado por las personas extranjeras prevaliéndose de su gran número y del uso de la fuerza es la condición necesaria para justificar la devolución en caliente conforme al art. 4 de Protocolo 4 CEDH. Pero el TC va más allá y considera que, para la aplicación de la DA 10ª, no es necesario que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla. Esta interpretación choca, como vemos, con la doctrina del TEDH que es el intérprete máximo de las garantías del CEDH y sus protocolos<sup>62</sup>, al ampliar el TC la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados como la “aplicación a las entradas individualizadas” lo que contradice, por tanto, que la DA 10ª LOEx se aplique con el “cumplimiento de las obligaciones internacionales”.

**34.** El “rechazo en frontera” en Ceuta y Melilla es un nuevo régimen para una situación muy particular: la detección de extranjeros en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos una vez cruzada irregularmente la frontera; que permite que la Administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a reestablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce

<sup>59</sup> STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12.

<sup>60</sup> STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*, párr. 211: “en este contexto, sin embargo, el Tribunal, al valorar una queja relativa al art. 4 de Protocolo 4, tendrá principalmente en cuenta si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado Parte en cuestión ofrece de un modo efectivo medios de entrar en él legalmente, en particular a través de procedimientos en frontera. Cuando el Estado parte facilita este acceso y el recurrente no ha hecho uso de él, el Tribunal considerará [...] si había razones imperiosas para no usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado correspondiente sea responsable”.

<sup>61</sup> STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*, párr. 210: “cuando tales mecanismos [de entrada legal] existan y aseguren el derecho de pedir la protección que otorga la Convención, y en particular su art. 3, de un modo efectivo, la Convención no obsta a que los Estado Parte, en cumplimiento de su obligación [Schengen] de controlar las fronteras, exijan que las personas que quieran esa protección la soliciten en los puntos habilitados para el cruce de frontera. [...] Consecuentemente, los Estados Parte pueden rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros, incluido los peticionarios de asilo, que, sin concurrir razones imperiosas, no hayan ajustado su conducta a estos mecanismos de entrada sino que han buscado cruzar la frontera por lugares distintos a los habilitados, sobre todo pero no necesariamente cuando, como ocurre en este caso, se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza”.

<sup>62</sup> STEDH *Assanidze c. Georgia*, demanda nº 71503/01, de 4 de agosto de 2004, párr. 167; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, cit., párr. 184; *Ghulami c. Francia*, demanda nº 45302/05, de 7 de abril de 2009; (decisión de admisibilidad); *Sultani c. Francia*, cit., párr. 81. *Čonka c. Bélgica*, cit., párr. 59.

irregular de frontera sin las debidas garantías. El TC la considera “una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por parte de las personas extranjeras que intentaron cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre”. El “rechazo en frontera” se realiza cuando se intercepta a la persona que está intentando superar el vallado, pero, en ningún caso, comprende el acto administrativo posterior, es decir, su entrega a los agentes de la autoridad de Marruecos. De acuerdo con el voto particular emitido por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 172/2020, de 19 de noviembre, la entrega a Marruecos es una devolución jurídica en sentido estricto. El “rechazo en frontera” o denegación de entrada está recogido en el art. 25 LOEx y presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina sino, al contrario, conocida de la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización y conlleva el retorno del extranjero<sup>63</sup>. El extranjero aún no ha entrado en el territorio y se produce en los puestos fronterizos habilitados al efecto<sup>64</sup>.

35. Por el contrario, la DA 10<sup>a</sup> se refiere al caso de que el extranjero interceptado ya se encuentre en territorio español<sup>65</sup>, y bajo custodia de funcionarios españoles<sup>66</sup>. En este caso, no se puede hablar de rechazo en frontera porque la persona interceptada está ya en territorio nacional<sup>67</sup>. Lo que se pretende es impedir que se mantenga en territorio nacional mediante su repatriación al lugar de procedencia por lo que se trata de una devolución que ya se encontraba regulada en el art. 58 LOEx.

Para justificar esta regulación el Gobierno español alteró los límites fronterizos con Marruecos para interpretarlos en atención al concepto “operativo” de frontera, a efectos de no aplicarse el régimen general recogido para las devoluciones de extranjeros en el art. 58 LOEx. La aplicación práctica de este concepto supone la limitación de derechos y libertades reconocidos en la LOEx y el CEDH en una parte del territorio español, mediante una modificación unilateral de la frontera, y a los solos efectos de la LOEx, lo que claramente resulta incompatible con el carácter territorial de la jurisdicción, en el sentido del art. 1 del CEDH<sup>68</sup>. No cabe duda de que los límites fronterizos del Estado español están recogidos por los Acuerdos con Marruecos que delimitan las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla<sup>69</sup>. Las vallas fueron instaladas dentro del territorio español, en ejercicio de su soberanía. Por tanto, en la zona vallada y sus inmediaciones el Estado español debe someter sus actuaciones al respeto de los derechos y libertades recogidos por el CEDH. Especialmente teniendo en cuenta que las actuaciones de control fronterizo que se ejecutan en esta zona son llevadas a cabo por autoridades españolas en el ejercicio de sus funciones y sujetas, por lo tanto, a lo establecido en la ley interna. El hecho de que un extranjero se encuentre en territorio español, ya sea en una valla o nadando en aguas jurisdiccionales españolas, es suficiente motivo para que dicha persona obtenga una serie de garantías que la legislación establece para los ciudadanos que se encuentren en nuestro país. El Acuerdo entre España y Marruecos para la readmisión de extranjeros irregulares tampoco presenta ninguna duda sobre el objeto de la misma. No supone ningún amparo a las devoluciones en caliente o rechazos en frontera. Cualquier actuación que se realice

<sup>63</sup> Vid. con carácter general, J.L. RODRÍGUEZ CANDELA, “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada-retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI* (M. BALADO RUIZ-GALLEGOS, coord.), Barcelona, Bosch, 2008, pp. 487-506.

<sup>64</sup> Las diferentes figuras para la salida o rechazo de extranjeros en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, n° 8382, 2014

<sup>65</sup> J.A. del Valle Gálvez y M.A. Acosta Sánchez “Delimitación y demarcación de las fronteras y vallas de Ceuta y Melilla ...”, *op. cit.*, esp. 41

<sup>66</sup> Los agentes españoles, como empleados públicos españoles que son, quedan sometidos al imperio de la ley española y al CEDH. En este sentido, vid. la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2.

<sup>67</sup> Vid. J.A. DEL VALLE GÁLVEZ y M.A. ACOSTA SÁNCHEZ “Delimitación y demarcación de las fronteras y vallas de Ceuta y Melilla ...”, *loc. cit.*, esp. 41; Informe jurídico “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley” [http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20%281%29.pdf](http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf), p. 8.

<sup>68</sup> S. KIM, “Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction : State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context”, *Leiden Journal of International law*, vol. 30, n° 1, 2017, pp. 49-70 entiende que el concepto de soberanía estatal ha comenzado a experimentar un cambio de paradigma de los derechos humanos de ámbito extraterritorial relacionadas con los controles de migración externa directamente dentro de un marco legal.

<sup>69</sup> Vid. J.A. DEL VALLE GÁLVEZ y M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, “Delimitación y demarcación ...?”, *loc. cit.*

en la valla debe considerarse como un acto administrativo y, por tanto, debe tener las debidas garantías del procedimiento administrativo.

### 3. (In)constitucionalidad de la Disposición Adicional 10ª LOEX

**36.** Concretada la naturaleza del régimen de “rechazo en frontera”, es necesario determinar si la DA 10ª de la Ley de extranjería puede ser considerada constitucional. En el recurso de inconstitucionalidad llevado a cabo ante el TC que dio lugar a la STC 172/2020 los recurrentes alegaron que el precepto conculcaba el marco constitucional derivado de los arts. 9.3º y 106.1º CE, en conexión con el art. 24.1º CE. Alegaron que estábamos ante un supuesto de “vía de hecho”, al tratarse de una actuación administrativa llevada a cabo prescindiendo de todo procedimiento. De hecho, la disposición claramente indica el rechazo del extranjero para posteriormente permitir tramitar las solicitudes de protección internacional en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos (fuera del territorio español) conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional y la normativa internacional de derechos humanos de la que España es parte. Pero en ningún caso habla de procedimiento alguno dentro del territorio nacional.

**37.** A pesar de la defectuosa redacción del precepto el TC consideró que existe un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo con una resolución sobre el fondo del asunto en materia de extranjería otorgado por el art. 106 CE siempre que los interesados tengan derecho a recurrir a los Tribunales los actos que consideren incumplidos por parte de la Administración<sup>70</sup>. Este derecho a recurrir choca con una actuación material de carácter coactivo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Actuación material que, según el TC, lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera. El problema es que si no existe una identificación previa del extranjero y una posterior resolución administrativa de “rechazo” no se puede recurrir ante la autoridad administrativa o judicial y no existirá control del acto administrativo. La entrega física de una persona bajo jurisdicción española a otra jurisdicción, con todas las “implicaciones que ello supone en cuanto a la titularidad de derechos, incluyendo los derechos fundamentales, de la persona afectada es de tal relevancia y magnitud jurídica que, desde la perspectiva constitucional, no cabe admitir que se considere una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento en que se dé cumplimiento a unas mínimas garantías”<sup>71</sup>.

**38.** El régimen de “rechazo en frontera” previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la Disposición Adicional 10ª de la LOEx, tal como ha sido configurado en el apartado primero, para el TC, no incurre en inconstitucionalidad, sin perjuicio, de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se suscitén<sup>72</sup>. Resuelve que el precepto es constitucional siempre que se interprete de conformidad con una serie de consideraciones que se hacen en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: (i) aplicación a las entradas individualizadas; (ii) pleno control judicial y (iii) cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por lo tanto, declara constitucional el establecimiento de una regulación legal singularizada de la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, siempre que se cumplan las condiciones señaladas, y realiza como en otras ocasiones una interpretación del mismo.

**39.** Aunque la normativa establezca que el “rechazo en frontera” se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte, es

<sup>70</sup> STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11.

<sup>71</sup> Voto particular de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la STC 172/2020, de 19 de noviembre.

<sup>72</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015, FJ 8.c).

decir, que se debe realizar con las garantías que reconocen las normas a las personas extranjeras<sup>73</sup>, el TC relega esta cuestión a las disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos que aseguren el pleno respeto a las garantías derivadas de la dignidad de la persona, que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a la actuación de los poderes públicos españoles<sup>74</sup>. Para ello aconseja a los cuerpos y fuerzas de seguridad que presten especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad<sup>75</sup>, a las mujeres embarazadas o incapacitados, o, personas especialmente vulnerables. Es decir, en vez de declarar el precepto inconstitucional por vulnerar los arts. 9.3º y 106 CE flagrantemente, el TC se limita a enviar recomendaciones a las autoridades policiales y legislativas para que se pueda aplicar el precepto de manera constitucional.

**40.** Al margen de esta sentencia interpretativa del TC en esta cuestión tan delicada que afecta a los derechos humanos de muchas personas, no cabe duda de que cualquier devolución a Marruecos que se produzca en la valla o las inmediaciones de la misma desde Ceuta y Melilla al amparo de la Disposición Adicional 10ª LOEx es una devolución que no cumple con las garantías jurídicas del art. 4 del Protocolo nº 4 y art. 13 CEDH y contraria a la normativa constitucional. El procedimiento que se debe seguir para garantizar el cumplimiento del art. 9.3, art. 24 CE y art. 106 CE y art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE es el procedimiento de devolución previsto en el art. 58.3 b) de la LOEx y el art. 23 del Real Decreto 557/2011, según el cual los funcionarios de la policía fronteriza que detuvieran a un extranjero deberían escoltarlo a la comisaría de policía con miras a su identificación y posible inicio de un procedimiento de devolución. Dicho procedimiento permitiría la identificación de personas vulnerables, solicitantes de protección internacional y el derecho al recurso hasta la vía judicial pudiendo la persona interesada ser asistido gratuitamente por un abogado y un intérprete.

## V. Conclusiones

**41.** Hasta el año 2015 no se pudo presentar el primer procedimiento contra las devoluciones en caliente realizadas en Ceuta y Melilla. Estas devoluciones han sido objeto de dos procedimientos ante el TEDH: el procedimiento que dio lugar a la STEDH sobre el Asunto *N.D. y N.T. contra España* de 3 de octubre de 2017 y posteriormente su recurso ante la Gran Sala que dio lugar a la STEDH de 13 de febrero de 2020. Dichas sentencias admiten que se ha producido una vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas de acuerdo con el art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH). No obstante, la Sentencia de la Gran Sala permite estas actividades por parte del Gobierno español en atención a la conducta de los interesados siempre que se trate de conductas realizadas por un gran número de personas y con el uso de la fuerza.

**42.** La conducta del interesado como justificación para las devoluciones en caliente que realiza la Gran Sala del TEDH deja vacío de contenido el art. 4. del Protocolo nº 4 CEDH al permitir las devoluciones colectivas, imposibilitando la solicitud de asilo o protección internacional<sup>76</sup> dentro de la

<sup>73</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5: acuerdos y tratados internacionales firmados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades

<sup>74</sup> STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4.

<sup>75</sup> Especialmente cuando no se encuentren acompañados por sus familiares, debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1º de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

<sup>76</sup> En este mismo sentido se pronuncian J.L. MONEREO PÉREZ Y B.M. LÓPEZ INSUA “Expulsiones “en caliente”: proporcionalidad *versus* garantía de los derechos humanos al hilo de la jurisprudencia europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 93, junio 2021: “Claramente resulta contraria con los derechos humanos esta demoledora sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que procede a autorizar las expulsiones colectivas de inmigrantes sin analizar las necesidades de protección y las circunstancias en las que se encuentran estas personas. No se tienen en cuenta los derechos, ni tampoco si las personas que han saltado la valla son refugiadas. Por lo que, lamentablemente, se sienta un precedente muy negativo al avalar las devoluciones en caliente, al tiempo que se niega el derecho que tienen todas las personas migrantes y refugiadas a acceder a un procedimiento

jurisdicción española o la identificación de menores, y, especialmente el art. 13 CEDH al impedir que los extranjeros puedan tener un mínimo de garantías jurídicas que les permita el acceso al recurso frente a la devolución. Para ello se basó en la posibilidad real de acceso por medios legales a España de los interesados que no deja de ser muy poco realista tanto en lo referido a la posibilidad de presentar la solicitud de protección internacional en los puestos fronterizos o embajadas y consulados españoles como la posibilidad de concesión de un visado de trabajo. Estas circunstancias, unidas al numeroso grupo de personas que saltaron la valla y al “uso de la fuerza”, son las que, para la Gran Sala, permiten declarar que el Gobierno español no fue responsable de la conducta de los solicitantes y por tanto justificar su devolución a Marruecos sin las debidas garantías. Obvió, sin embargo, la Gran Sala, que por el hecho de encontrarse en territorio español los interesados ya eran merecedores de la protección que la legislación española otorga a los extranjeros tanto a nivel interno como a nivel internacional, de acuerdo con el art. 1º CEDH, y que los “rechazos en frontera” no estaban regulados el 13 de agosto de 2014 (la DA 10ª no entró en vigor hasta el 1 de julio de 2015).

**43.** En un intento de legalizar las devoluciones “en caliente” el Gobierno español incluyó la Disposición Adicional 10ª de la LOEx, a través de la LOPSC. Esta disposición adicional introduce un régimen especial en Ceuta y Melilla en el que se modifican los límites territoriales del estado español otorgando jurisdicción sobre Ceuta y Melilla a Marruecos y que además vulnera, como hemos visto, todos los principios básicos del procedimiento administrativo, la normativa de derechos humanos, así como las garantías que tienen las personas a poder solicitar asilo o protección internacional y la protección de menores. Esta regulación no era necesaria, las devoluciones o rechazos en frontera realizadas en la valla quedaban encuadradas en las devoluciones reguladas en el art. 58.3º LOEx para lo cual es necesario identificar al extranjero, dictar una resolución motivada y notificarla al interesado, con información acerca de los recursos que puedan interponerse frente a ella, el plazo para hacerlo y el órgano ante el que deban formalizarse, así como de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes y, en su caso, de intérprete si no comprende el idioma, el derecho a solicitar protección internacional, etc. Cualquier regulación al margen de las devoluciones del art. 58.3º LOEx debería considerarse una devolución ilegal.

**44.** Aun así el TC en su STC 172/2020 declaró la constitucionalidad de la Disposición Adicional 10ª de la LOEx que modifica los límites geográficos con Marruecos. Además, no solo lo interpretó en el sentido expuesto por el TEDH para justificar las devoluciones colectivas en atención a la conducta del interesado, sino que también lo entiende aplicable para las devoluciones individuales. Esta interpretación choca con la doctrina del TEDH que es el intérprete máximo de las garantías del CEDH y sus protocolos, al ampliar el TC la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados como la “aplicación a las entradas individualizadas” lo que contradice, por tanto, que la DA 10ª LOEx se aplique con el “cumplimiento de las obligaciones internacionales”.

---

individualizado de asilo, así como a un recurso efectivo y a la protección internacional. No cabe duda de que, con esta sentencia de 13 de febrero de 2020, el TEDH está contradiciendo la Convención de Ginebra de 1951 en la que se indica que “no debe de penalizarse a alguien que huye por haber entrado de manera irregular”.

# EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO MODELO DE LAS RECIENTES PROPUESTAS DE LEGISLACIÓN DIGITAL EUROPEA

## THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION AS A MODEL OF RECENT EUROPEAN DIGITAL DRAFT LEGISLATION

ANA GASCÓN MARCÉN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público  
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 11.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6256>

**Resumen:** Este artículo explica el impacto del Reglamento General de Protección de Datos en las subsiguientes propuestas de la Comisión Europea en el marco del mercado único digital. Se estudia en particular su influencia en el Reglamento e-privacy, el Reglamento de las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas, el Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, la Ley de Servicios Digitales, la Ley de Mercados Digitales y la Ley de Inteligencia Artificial. Concretamente, se presta atención a los mecanismos que buscan mejorar la aplicación de estas normas a intermediarios situados fuera de la Unión Europea como son su aplicación extraterritorial o la obligación de que nombren a un representante en la misma.

**Palabras clave:** Reglamento General de Protección de Datos, Reglamento e-privacy, la Ley de Servicios Digitales, Ley de Mercados Digitales, Ley de Inteligencia Artificial.

**Abstract:** This paper explains the impact of the General Data Protection Regulation on the subsequent proposals of the European Commission in the framework of the digital single market. It studies its influence on the e-privacy Regulation, the Regulation on European production and preservation orders for electronic evidence, the Regulation on preventing the dissemination of terrorist content online, the Digital Services Act, the Digital Markets Act and the Artificial Intelligence Act. Specifically, attention is paid to the mechanisms that seek to improve the application of these rules to intermediaries located outside the European Union, such as their extraterritorial application or the obligation to appoint a representative within it.

**Keywords:** General Data Protection Regulation, e-privacy Regulation, Digital Services Act, Digital Markets Act, Artificial Intelligence Act.

**Sumario:** I. Introducción. II. Elementos replicados. 1. De directivas a reglamentos y a ¿leyes? 2. Aplicación extraterritorial. 3. Designación de un representante en uno de los Estados miembros. 4. Sanciones por incumplimiento. 5. Autoridad de control. III. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>1</sup> se ha convertido desde que empezó a aplicarse en 2018<sup>2</sup> en una de las normas más conocidas de la Unión Europea (UE)<sup>3</sup> y con una mayor influencia fuera de sus fronteras. Por una parte, son múltiples los países que han hecho converger con él sus legislaciones nacionales, entre otras razones, para conseguir una decisión de adecuación que facilite el flujo de datos personales entre los mismos y el Espacio Económico Europeo<sup>4</sup>, como ha ocurrido con Estados tan lejanos como Corea del Sur o Japón.<sup>5</sup> A esto se suma que la mayoría de nuevas propuestas de normas de protección de datos de casi todos los países del mundo permiten ver una influencia más o menos fuerte del mismo.<sup>6</sup> Es incluso el caso de China.<sup>7</sup> El RGPD se ha convertido en una especie de estándar de oro (*gold standard*) en el ámbito de la protección de datos personales.<sup>8</sup> Las normas del RGPD son consideradas como la tercera generación de reglas de protección de datos personales<sup>9</sup> y se usan como parámetro de medida para valorar cómo de modernas son las leyes que se van adoptando en todo el mundo.<sup>10</sup>

2. A esto se suma que muchas empresas fuera de Europa están adaptando sus operaciones para cumplir con el RGPD, incluso cuando no están obligadas legalmente. Esto reviste normalmente dos formas: vertical (donde las empresas multinacionales con algunas operaciones en la UE quieren coherencia

<sup>1</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, de 4 de mayo de 2016, p. 1.

<sup>2</sup> Si bien el RGPD entró en vigor el 24 de mayo de 2016, empezó a aplicarse a partir del 25 de mayo de 2018 (art. 99 RGPD). Estos dos años de plazo tenían como objetivo permitir la adecuación de las empresas y las administraciones públicas al mismo.

<sup>3</sup> En un Eurobarómetro especial realizado un año después de que empezará a aplicarse el RGPD, el 67% de los encuestados había oído hablar del RGPD, y, además, un 73% de los mismos habían oído hablar de al menos un derecho garantizado por el RGPD. Véase KANTAR, *Special Eurobarometer 487a The General Data Protection Regulation*, European Commission, 2019, p. 2.

<sup>4</sup> Para conseguir una decisión de adecuación, la Comisión Europea hace un análisis pormenorizado de: la legislación, la jurisprudencia, el reconocimiento a los interesados de derechos exigibles y de recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos, la existencia de una autoridad de control independientes con poderes de ejecución adecuados y los compromisos internacionales asumidos por el país (art. 45 RGPD). Para que se dé la decisión de adecuación, la Comisión debe concluir de este análisis que el Estado ofrece un nivel de protección esencialmente equivalente al de la UE. Véase J. J. GONZALO DOMENECH, “Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 350-371, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4624> (todas las páginas web consultadas para este trabajo lo han sido por última vez el 11 de junio de 2021) y C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 70, 2019, pp. 49-107.

<sup>5</sup> Véase A. GASCÓN MARCÉN, “The New Personal Data Protection in Japan: Is It Enough?”, en *Media technologies for work and play in East Asia: Critical perspectives on Japan and the two Koreas*, Bristol University Press, 2021, pp. 101-120 y de la misma autora, “Japón y la Unión Europea: la mayor área mundial de flujos de datos personales seguros”, en *Derecho, Empresa y Administración Pública en Japón*, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 59-82.

<sup>6</sup> Véase G. GREENLEAF y B. COTTIER, “2020 Ends a Decade of 62 New Data Privacy Laws”, *Privacy Laws & Business International Report*, nº 163, 2020, pp. 24-26.

<sup>7</sup> G. ZHANG y K. YIN, “A look at China’s draft of Personal Information Protection Law”, *IAPP*, 26/10/2020. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/a-look-at-chinas-draft-of-personal-data-protection-law/>

<sup>8</sup> Véase G. BUTTARELLI, “The EU GDPR as a Clarion Call for a New Global Digital Gold Standard’ (2016).” *International Data Privacy Law*, nº 6, 2016, pp. 77-78; y A. MANTELERO, “The future of data protection: Gold standard vs. global standard”, *Computer Law & Security Review*, vol. 40, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105500>

<sup>9</sup> Las normas de primera generación estarían recogidas en las Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales de la OCDE de 1980 y el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Consejo de Europa de 1981 (conocido como Convenio 108). Las normas de segunda generación estarían recogidas en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Véase G. GREENLEAF, “International data privacy agreements after the GDPR and Schrems”, *Privacy Laws & Business International Report*, nº 139, 2016, pp. 12-15, y del mismo autor “European’ data privacy standards implemented in laws outside Europe”, *Privacy Laws & Business International Report*, vol. 149, 2017, pp. 21-23

<sup>10</sup> Véase, como ejemplo, G. GREENLEAF, “Jamaica Adopts a Post-GDPR Data Privacy Law” *Privacy Laws & Business International Report*, nº 167, 2020, pp. 5-8, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3712745> y G. GREENLEAF y B. COTTIER, “Data Privacy Laws and Bills: Growth in Africa, GDPR Influence”, *Privacy Laws & Business International Report*, nº 152, 2018, pp. 11-13.

global) y horizontal (en acuerdos de empresa a empresa (B2B) en los que las empresas quieren que sus proveedores cumplan con el RGPD).<sup>11</sup> Un ejemplo de esto sería Microsoft.<sup>12</sup> Este fenómeno se ha bautizado como el “efecto Bruselas”<sup>13</sup> que consiste en que los estándares europeos terminan aplicándose en todo el mundo, porque las empresas quieren acceder al mercado único y terminan así aplicando y exportando sus normas a nivel global, siendo uno de los casos comúnmente usados como ejemplo el de la protección de datos personales.

3. Según Schwartz, dos factores primordiales han promovido la difusión mundial de la normativa europea de protección de datos. El primero se refiere al fondo legal. El discurso público sobre la privacidad del consumidor ha evolucionado drásticamente, e instituciones importantes y personas prominentes en muchas jurisdicciones no pertenecientes a la UE reconocen ahora el atractivo de la protección de datos al estilo de la UE. Más allá del fondo, la UE se ha beneficiado de la accesibilidad de su enfoque legislativo general; otras jurisdicciones se han visto atraídas por el modelo legal altamente trasplantable de la UE. Según este autor, la UE está siendo recompensada por su éxito en el mercado de las ideas reguladoras.<sup>14</sup>

4. No obstante, el RGPD también ha sido ampliamente criticado por crear una elevada carga burocrática a las empresas, ser excesivamente formalista y limitar la innovación.<sup>15</sup> Los Estados Unidos consideran que su aplicación supone una barrera desproporcionada al comercio que afecta a todos los Estados fuera de la UE.<sup>16</sup> El Vicepresidente de Google ha animado a Estados Unidos a aceptar la invitación de la UE de crear un Consejo de Comercio y Tecnología UE-EEUU,<sup>17</sup> porque en su opinión la UE está adoptando unilateralmente nuevas regulaciones digitales dirigidas directamente a empresas con sede en el extranjero.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Véase G. GREENLEAF, *Global Convergence of Data Privacy Standards and Laws: Speaking Notes for the European Commission Events on the Launch of the General Data Protection Regulation (GDPR) in Brussels & New Delhi*, 25 May 2018. UNSW Law Research Paper No. 18-56, p. 4 Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3184548> Es lo que el autor define como “GDPR creep” y que considera que puede ser tan importante como la convergencia legislativa.

<sup>12</sup> Véase J. BRILL, “Microsoft’s commitment to GDPR, privacy and putting customers in control of their own data”, *Microsoft Blog*, 21/5/2018. Disponible en: <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/05/21/microsofts-commitment-to-gdpr-privacy-and-putting-customers-in-control-of-their-own-data/>

<sup>13</sup> Véase A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*. Oxford University Press, 2020. Si bien ha empezado a teorizarse también la existencia de un “efecto Beijing”. Véase M. S. ERIE y T. STREINZ, “The Beijing Effect: China’s ‘Digital Silk Road’ as Transnational Data Governance”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3810256> En este artículo, los autores defienden que China da forma a la gobernanza de datos transnacional al proporcionar infraestructura digital a los mercados emergentes y por ser un ejemplo de “soberanía de los datos” y desarrollo digital para los países emergentes. Si bien consideran que la “soberanía de los datos” es ilusoria ya que el partido-Estado chino retiene el control sobre las empresas chinas que suministran infraestructura digital e instalan al desarrollo de infraestructuras legales acordes con las estrategias de desarrollo digital.

<sup>14</sup> P. M. SCHWARTZ, “Global Data Privacy: The EU Way”, *New York University Law Review*, vol. 94, 2019, pp. 771-818.

<sup>15</sup> N. PURTOVA, “The Law of Everything. Broad concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, *Innovation and Technology*, Vol. 10, nº 1, 2018, pp. 40-81, p. 77; D. ERDOS, *The UK and the EU Personal Data Framework After Brexit: Another Switzerland?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 15/2021, p. 17; y A. CHANDER, M. ABRAHAM, S. CHANDY Y. FANG, D. PARK e I. YU, *Achieving Privacy. Costs of Compliance and Enforcement of Data Protection Regulation*, World Development Report 2021 Background Paper, World Bank Group, 2021. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35306/Achieving-Privacy-Costs-of-Compliance-and-Enforcement-of-Data-Protection-Regulation.pdf?sequence=1>

<sup>16</sup> Véase UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *2021 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, 2021. Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021NTE.pdf> Cabe señalar que el resto de iniciativas legislativas de la Comisión estudiadas en este trabajo también son consideradas una barrera al comercio por los Estados Unidos incluso antes de entrar en vigor. Estados Unidos se ha mostrado partidario hasta el momento de no regular a los intermediarios tecnológicos para beneficiar a sus grandes multinacionales, no obstante, es posible que esta aproximación cambie parcialmente bajo la administración Biden.

<sup>17</sup> Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo “Una nueva agenda UE-EE.UU. para el cambio global”, JOIN/2020/22 final.

<sup>18</sup> K. BHATIA, “The U.S. and Europe should launch a trade and technology council”, *Google Blog*, 9/4/2021. Disponible en: <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/us-europe-technology-trade-council>

5. En cualquier caso, la Comisión Europea en su informe sobre la aplicación del RGPD dos años después de que se empezará a aplicar considera esta norma un claro éxito.<sup>19</sup> Por ello, la Comisión ha utilizado el RGPD como una especie de modelo cuyos elementos parcialmente replica en la adopción de posteriores propuestas legislativas que buscan completar el Mercado Único Digital<sup>20</sup> y avanzar en la consecución de un futuro digital para Europa<sup>21</sup>, sobre todo a partir de 2017.

6. PAPA KONSTANTINOY y DE HERT consideran que el RGPD sigue el siguiente esquema: se basa en un conjunto de términos únicos y especializados,<sup>22</sup> un conjunto de principios básicos (como la limitación de la finalidad o la minimización de los datos) y derechos específicos (como los de información, acceso y rectificación) con la supervisión de una agencia pública especializada. Así, observan una mimesis que reviste tres formas respecto a la propuesta de Ley de Gobernanza de Datos (*Data Governance Act*, conocida como DGA por sus siglas en inglés),<sup>23</sup> en lo relativo a las definiciones, la sustancia (principios y derechos) y las instituciones (con la creación del Comité Europeo de Innovación en materia de Datos).<sup>24</sup> Los autores ven muestras de estos tipos de mimetismo también en la propuesta del Parlamento Europeo para regular la inteligencia artificial.<sup>25</sup> Sin embargo, consideran que esta réplica del modelo del RGPD no se ha dado en las propuestas de Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*, conocida como DSA por sus siglas en inglés)<sup>26</sup> y la Ley de Mercados Digitales (*Digital Markets Act*, conocida como DMA por sus siglas en inglés).<sup>27</sup>

7. Sin embargo, en este artículo prestaremos atención a otros elementos del RGPD, aquellos de naturaleza más procesal e institucional<sup>28</sup> que buscan mejorar el cumplimiento de esta norma a pesar de los retos añadidos de referirse a un ámbito digital en el que muchos de los destinatarios de la norma se encuentran localizados fuera del Espacio Económico Europeo. Así veremos que por su propia naturaleza la DGA tendrá pocos puntos en común con el RGPD en este sentido, pero, sin embargo, la DSA y la DMA van a tener muchos y resulta evidente la influencia del RGPD sobre ellas.

8. En este artículo estudiaremos algunos de los elementos clave en ese sentido del RGPD: su naturaleza de reglamento, la aplicación extraterritorial, la obligación de que algunas empresas localizadas fuera de la UE nombren a un representante dentro de la misma, la necesidad de autoridades independientes de control en cada Estado miembro para vigilar su aplicación que se agrupan en un comité europeo y las multas elevadas por su incumplimiento.

---

<sup>19</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “La protección de datos como pilar del empoderamiento de los ciudadanos y del enfoque de la UE para la transición digital: dos años de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos”, COM/2020/264 final.

<sup>20</sup> Véase 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/2015/0192 final.

<sup>21</sup> Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Configurar el futuro digital de Europa”, COM/2020/67 final.

<sup>22</sup> Como interesado (*data subject*), responsable del tratamiento (*controller*) o encargado del tratamiento (*processor*).

<sup>23</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos), COM/2020/767 final.

<sup>24</sup> Véase V. PAPA KONSTANTINOY y P. DE HERT, “Post GDPR EU laws and their GDPR mimesis. DGA, DSA, DMA and the EU regulation of AI”, *European Law Blog*, 1/4/2021. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2021/04/01/post-gdpr-eu-laws-and-their-gdpr-mimesis-dga-dsa-dma-and-the-eu-regulation-of-ai/>

<sup>25</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. Véase V. PAPA KONSTANTINOY y P. DE HERT, “Refusing to award legal personality to AI: Why the European Parliament got it wrong”, *European Law Blog*, 25/11/2020. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2020/11/25/refusing-to-award-legal-personality-to-ai-why-the-european-parliament-got-it-wrong/>

<sup>26</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, COM/2020/825 final.

<sup>27</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), COM/2020/842 final.

<sup>28</sup> Esta aproximación no coincidiría con la mimesis de definiciones o sustancial, pero sí parcialmente con la institucional.

9. En particular, analizaremos cómo se han replicado estos elementos en las propuestas de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (conocido como Reglamento e-privacy),<sup>29</sup> el Reglamento de las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (conocidas por sus siglas en inglés EPOC),<sup>30</sup> el Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea (conocido como TERREG),<sup>31</sup> la DSA, la DMA y la *Artificial Intelligence Act* (AIA).<sup>32</sup>

10. DE GREGORIO considera el RGPD como el primer instrumento que marcó un cambio de tendencia en la UE hacia un constitucionalismo digital al que se llegaría tras una primera fase de liberalismo digital y una segunda en la que destacaría el activismo judicial. Así esta tercera fase buscaría asumir lo ya apuntado por el TJUE en su jurisprudencia y regular a los intermediarios de una manera más estricta para proteger los derechos de los usuarios.<sup>33</sup> El primer paso sería el RGPD y después el resto de iniciativas comentadas como el Reglamento TERREG o la DSA, por lo que no es de extrañar que el RGPD haya tenido una fuerte impronta en estas propuestas de normas.

## II. Elementos replicados

### 1. De directivas a reglamentos y a ¿leyes?

11. En el Derecho de la UE encontramos diferentes tipos de normas con características distintas. En la mayoría de los casos, los tratados prevén el tipo de acto que debe utilizarse dependiendo de la materia. De forma excepcional, el artículo 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

<sup>29</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), COM/2017/010 final.

<sup>30</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, COM/2018/225 final.

<sup>31</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea Contribución de la Comisión Europea a la reunión de los dirigentes de Salzburgo los días 19 y 20 de septiembre de 2018, COM/2018/640 final.

<sup>32</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, COM/2021/206 final.

Sin ser el objeto de este artículo puede destacarse que una de las críticas hechas a la propuesta de la Comisión Europea es que a diferencia del RGPD no ofrece recursos individuales o colectivos a las personas que hayan sufrido daños causados por un incumplimiento de la AIA. Esto se ha criticado por no poner a las personas en el primer plano del reglamento, véase F. REINHOLD y A. MÜLLER “AlgorithmWatch’s response to the European Commission’s proposed regulation on Artificial Intelligence – A major step with major gaps”, *AlgorithmWatch*, 2021. Disponible en: <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2021/04/AWs-response-on-ECs-AI-regulation-proposal-April-2021-v1-2021-04-21.pdf> En ese caso la Comisión justifica esta diferencia en el sentido de que lo que han intentado no es crear nuevos recursos sino hacer más eficientes los ya existentes, por ejemplo, en el ámbito de la discriminación. Véase la intervención de Killian Gross, Jefe de Unidad de Inteligencia Artificial e Industria Digital de la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías de la Comisión Europea en el Webinar “Towards a European AI Regulation” organizado por AI4Belgium el 18 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pumw6QOwOBs>

A diferencia de las otras propuestas analizadas en este artículo la AIA no busca regular a los intermediarios de Internet, pero se ha elegido porque también es una norma muy importante del mercado único digital, incluso se le ha tildado de ser el nuevo “RGPD para la Inteligencia Artificial”.

Además, la inteligencia artificial como servicio desempeñará un papel cada vez más importante en la infraestructura técnica de la sociedad, permitiendo, facilitando y respaldando la funcionalidad de muchas aplicaciones. Véase J. COBBE y J. SINGH, “Artificial Intelligence as a Service: Legal Responsibilities, Liabilities, and Policy Challenges”, *Computer Law & Security Review*, 2021 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3824736>

<sup>33</sup> G. DE GREGORIO, “The rise of digital constitutionalism in the European Union”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n° 1, 2021, pp. 41–70, <https://doi.org/10.1093/icon/moab001> y del mismo autor “The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism”, *Diritti Comparati*, 17/05/2021. Disponible en: <https://www.diritticomparati.it/the-digital-services-act-a-paradigmatic-example-of-european-digital-constitutionalism/>

(TFUE) permite a las instituciones decidir el tipo de acto que debe adoptarse en cada caso teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Según el artículo 288 TFUE, para ejercer las competencias de la UE, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, mientras que 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.

**12.** En muchos casos la Comisión puede optar entre proponer una directiva o un reglamento. Tradicionalmente en las propuestas en el ámbito digital optaba por usar directivas, un ejemplo paradigmático es el de la Directiva de protección de datos personales de 1995.<sup>34</sup> En el momento en que se hizo perentoria su modernización, la Comisión optó por proponer su sustitución por un reglamento por considerarlo el instrumento jurídico más apropiado para definir el marco de la protección de datos personales en la UE. En su opinión, la aplicabilidad directa de un reglamento reduciría la fragmentación jurídica y ofrecería una mayor seguridad jurídica merced a la introducción de un conjunto armonizado de normas básicas, la mejora de la protección de los derechos fundamentales de las personas y la contribución al funcionamiento del mercado interior.<sup>35</sup> Aun así el Consejo, la institución formada por los representantes de los Estados miembros, incluyó en el texto final del RGPD en su considerando 10 el reconocimiento de un margen de maniobra para que los Estados miembros especificaran sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos.

**13.** Además, la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos pasó a regularse por una Directiva<sup>36</sup> para garantizar en este ámbito la armonización a nivel de la UE y dejar, al mismo tiempo, a los Estados miembros la flexibilidad necesaria a la hora de aplicar los principios, las normas y sus exenciones a nivel nacional.<sup>37</sup> En este sentido, cabe la pena recordar la transposición tardía de esta Directiva por parte de España, lo que le supuso una condena por parte del TJUE en la que se le impuso el abono de una suma a tanto alzado de 15 000 000 euros y una multa coercitiva diaria de 89 000 euros hasta que adoptó la norma de transposición.<sup>38</sup>

**14.** En el mismo sentido, a la hora de actualizar la Directiva de e-privacy,<sup>39</sup> la Comisión también optó por proponer un reglamento para garantizar la coherencia con el RGPD (aunque en opinión de la autora para eso no fuera necesario un reglamento) y ofrecer seguridad jurídica a usuarios y empresas evitando interpretaciones divergentes en los Estados miembros. Un reglamento, según la Comisión, garanti-

<sup>34</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DOUE* L 281 de 23 de noviembre de 1995, p. 31.

<sup>35</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos), COM/2012/011 final, p. 6.

<sup>36</sup> Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, *DOUE* L 119 de 4 de mayo de 2016, p. 89.

<sup>37</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos, COM/2012/010 final, p. 6.

<sup>38</sup> STJUE 25 de febrero de 2021, *Comisión Europea c. Reino de España*, C-658/19, ECLI:EU:C:2021:138.

<sup>39</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), *DOUE* L 201 de 31 de julio de 2002, p. 37.

zaría un nivel uniforme de protección de los usuarios en toda la UE y abarataría los costes de conformidad de las empresas que desarrollan actividades transfronterizas.<sup>40</sup> Como muchas empresas tecnológicas tienen la capacidad de ofrecer sus servicios en varios países europeos, tener que cumplir una única norma les permite economías de escala. Estas razones se han constituido en un elemento que ha fomentado la adopción de reglamentos en este ámbito, junto con la necesidad de evitar la fragmentación del mercado único.

15. Las ordenes de investigación europeas están reguladas en una directiva<sup>41</sup>, lo cual es lo normal en los instrumentos de reconocimiento mutuo en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, dado que proviene de un ámbito intergubernamental que se regía por reglas diferentes como era la cooperación judicial y policial en materia penal que se instrumentalizaba en gran medida a través de decisiones marco. Sin embargo, a la hora de regular las ordenes de entrega y conservación de pruebas electrónicas, la Comisión propuso hacerlo a través de un reglamento porque la propuesta se refería a procedimientos transfronterizos para los que se requerían normas uniformes y, por tanto, en su opinión, no era necesario dejar un margen a los Estados miembros para transponer dichas normas. Argumentó que un reglamento es directamente aplicable, aporta claridad y más seguridad jurídica y evita interpretaciones divergentes en los Estados miembros y otros problemas de transposición que han padecido las Decisiones marco relativas al reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Además, un reglamento permite imponer las mismas obligaciones de manera uniforme en toda la UE.<sup>42</sup> Algo muy parecido ocurrió con el Reglamento TERREG.

16. Así podemos ver como la Comisión ha optado por reglamentos en la mayoría de nuevas iniciativas presentadas en el marco del mercado único digital.<sup>43</sup> Esto se ve además acompañado de una nueva tendencia sobre todo a partir de 2020 de bautizar a estas normas como *Act* (o ley en español), así encontramos la *Digital Services Act* (Ley de Servicios Digitales), la *Digital Markets Act* (Ley de Mercados Digitales), la *Data Governance Act* (Ley de Gobernanza de Datos), y la *Artificial Intelligence Act* (Ley de Inteligencia Artificial).<sup>44</sup> Cabe aclarar que a nivel de la UE no existen normas que sean propiamente “leyes”, sino que son realmente reglamentos.<sup>45</sup> No obstante, la propia UE está usando en los últimos años el término inglés *Act* para referirse de manera abreviada a algunas de sus normas más importantes e incluyéndolo en el título de las mismas, convirtiéndolo así en la abreviatura oficial.<sup>46</sup> Pro-

<sup>40</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), COM/2017/010 final, p. 6.

<sup>41</sup> Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, *DOUE* L 130 de 1 de mayo de 2014, p. 1.

<sup>42</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, COM/2018/225 final, p. 6. Si bien en relación a las normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar estas pruebas para procesos penales, la Comisión propuso una directiva. Véase Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, COM/2018/226 final.

<sup>43</sup> Si bien podemos encontrar algunas excepciones, por ejemplo, a la hora de adaptar la modernización del régimen de la protección de los derechos de autor, la Comisión siguió apostando por una directiva para dejar cierto margen de maniobra a los Estados. Esto daría lugar a la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, *DOUE* L 130 de 17 de mayo de 2019, p. 92.

<sup>44</sup> El único ejemplo que rompe esta tendencia de traducción es la *Cybersecurity Act* que se ha traducido al español como Reglamento sobre la Ciberseguridad. Véase Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»), *DOUE* L 151 de 7 de junio de 2019, p. 15.

<sup>45</sup> Esto es lo habitual, pero no es siempre el caso, así la que se conoce como *European Accessibility Act* es en realidad la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, *DOUE* L 151 de 7 de junio de 2019, p. 70.

<sup>46</sup> Sobre esta tendencia, véase V. PAPA-KONSTANTINOY, “The “act-ification” of EU law: The (long-overdue) move towards “eponymous” EU legislation”, *European Law Blog*, 26/1/2021. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2021/01/26/the-act-ification-of-eu-law-the-long-overdue-move-towards-eponymous-eu-legislation/>

bablemente se trata de una manera de conseguir nombres más cortos y “pegadizos” (aunque al RGPD le bastaron con sus siglas, también muy conocidas en inglés como GDPR) que puedan ser entendidos mejor por las personas no familiarizadas con los diferentes tipos de normas europeas.<sup>47</sup> No obstante, esta tipología también podría llevar a nuevas confusiones.

## 2. Aplicación extraterritorial

17. Según el artículo 3 del RGPD, éste se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la UE, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la misma o no. Pero lo que es más interesante es que también se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la UE por parte de un responsable o encargado no establecido en la misma, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la UE, independientemente de si a estos se les requiere su pago,<sup>48</sup> o el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la UE.<sup>49</sup> Como podemos ver, la primera parte sigue un principio de territorialidad subjetiva, teniendo en cuenta quién procesa o controla los datos, mientras que la segunda agrega un principio de personalidad pasiva siguiendo al destinatario de tales acciones.

18. El objetivo de este amplio ámbito territorial es que la protección que ofrece el RGPD “viaje” con los datos personales allá donde vayan en una sociedad globalizada donde los datos cruzan fronteras con un simple clic. La UE se guía por el razonamiento de que ofrecer protección solo para el procesamiento de datos que tiene lugar dentro de las fronteras europeas no sería suficiente. Esta medida también busca ofrecer igualdad de condiciones para las empresas europeas sin crear una regulación más estricta que supusiera cargas solo para ellas. La aplicación extraterritorial del RGPD significa que cualquier empresa que desee acceder al mercado europeo para ofrecer sus servicios y bienes y tratar datos personales “europeos” en el proceso debe cumplir con estas reglas aunque tenga su sede en un tercer país.<sup>50</sup> La aplicación extraterritorial de la legislación no es algo nuevo,<sup>51</sup> pero sí que se puede ver que está cobrando mucha fuerza en los aspectos relativos a la regulación de Internet.<sup>52</sup> FROSIO considera que

---

<sup>47</sup> En este sentido se puede recodar que el art. I-33 del descartado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa sustituía dentro de los actos jurídicos de la UE la denominación de reglamento por ley europea y la de directiva por ley marco europea.

<sup>48</sup> Según el considerando 23 del RGPD, para determinar si el responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la UE, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la UE. Si bien la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la UE, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la UE, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la UE.

<sup>49</sup> Según el considerando 24 del RGPD, para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en Internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes.

<sup>50</sup> Véase A. GASCÓN MARCÉN, “The extraterritorial application of European Union Data Protection Law”, *Spanish Yearbook of International Law*, N° 23, 2019, pp. 413-425, p. 415.

<sup>51</sup> Véase R. DOVER y J. FROSINI, *The Extraterritorial Effects of Legislation and Policies in the EU and US* (European Union, Brussels, 2012) [doi: 10.2861/75161]. Según GALLEGO, a pesar de que la UE nunca ha sido una completa defensora de la extraterritorialidad, comienza a redoblar su ejercicio a través de la extensión territorial, la cual permite controlar aquellas conductas que, aunque se lleven a cabo en el extranjero, repercutan en los intereses generales de la UE. Véase A. C. GALLEGO HERNÁNDEZ, “La aplicación de la extensión territorial del Derecho de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 63 (septiembre), 2020, pp. 297-313. <https://doi.org/10.18543/ced-63-2020pp297-313>.

<sup>52</sup> Véase INTERNET SOCIETY, *The Internet and extra-territorial effects of laws*, Internet Society, 2018, p. 1. Esta organización advierte que muchos Estados están imponiendo reglas que se extienden a Internet en otros lugares, obstaculizan la innovación,

la aplicación extraterritorial global de derechos diversos ha surgido como una tendencia constante en la reciente regulación en línea, tanto a nivel internacional como de la UE.<sup>53</sup>

19. Sin embargo, el RGPD ha sido duramente criticado porque, con la cantidad de empresas que se encuadran en estos criterios en todo el mundo, es más fácil para las multinacionales adaptarse a él mientras que es muy costoso para las pequeñas y medianas empresas.<sup>54</sup> Además, las autoridades de protección de datos (APD) en los Estados miembros tienen recursos limitados, por lo que SVANTESSON argumenta que, como habrá más empresas extranjeras que no cumplan con el RGPD que recursos para investigarlas, la aplicación real del mismo necesariamente será arbitraria, lo que socavaría la legitimidad de cualquier acción de ejecución que se adopte.<sup>55</sup> Sin embargo, AZZI considera legítima esta aplicación extraterritorial y argumenta que la UE está equipada con las herramientas relevantes para hacer cumplir el RGPD en el exterior, aunque haya que desarrollarlas más.<sup>56</sup> HERT y CZERNIAWSKI añaden que este enfoque, aunque no sin inconvenientes y desafíos para los intereses estatales y los derechos individuales, resuelve uno de los mayores problemas a los que se enfrentaba hasta entonces la normativa europea de protección de datos, que era la falta de jurisdicción sobre los responsables del procesamiento de datos en terceros países que afectaban a un número considerable de datos de europeos.<sup>57</sup>

20. Los legisladores europeos eran bastante conscientes de que la aplicación extraterritorial de las leyes podía tener impactos indeseables. El propio RGPD en su considerando 115 establece que la aplicación extraterritorial de algunas leyes, reglamentaciones y otros actos jurídicos puede ser contraria al Derecho internacional e impedir la protección de las personas físicas garantizada en la UE en virtud del RGPD, y, por tanto, las transferencias de datos sólo deben hacerse respetando las condiciones del mismo. Así vemos que el RGPD establece su propia aplicación extraterritorial, pero excluye la de las leyes extranjeras en muchos casos. Un conflicto de esta naturaleza puede darse, por ejemplo, cuando las autoridades estadounidenses requieran datos en el marco de una investigación penal a una compañía situada en su territorio pero que sean referentes a un residente de la UE en contra de lo establecido en el RGPD, por lo que la empresa puede encontrarse con obligaciones legales contradictorias.<sup>58</sup>

21. China ha adoptado una norma en 2021 para limitar los efectos en sus empresas de la aplicación extraterritorial por parte de otros países de sus leyes y reaccionar a las mismas, se trata de la *Order No. 1 of 2021 on Rules on counteracting unjustified extra-territorial application of foreign legislation and other measures*.<sup>59</sup> Es una clara respuesta a determinadas sanciones impuestas por Estados Unidos a las empresas chinas, sin embargo, podría aplicarse también como resultado de las normas europeas

---

disuaden la inversión en sus propios países y corren el riesgo de crear nuevas brechas digitales que perjudiquen a sus propios ciudadanos.

<sup>53</sup> G. FROSIO, "Enforcement of European Rights on a Global Scale", en E. ROSATI (ed.), *Handbook of European Copyright Law*, Routledge, 2021.

<sup>54</sup> Véase M. SCOTT, L. CERULUS y L. KAYALI "Six months in, Europe's privacy revolution favors Google, Facebook", *Politico.eu*, 23/11/2018. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/gdpr-facebook-google-privacy-data-6-months-in-europes-privacy-revolution-favors-google-facebook/> o M. SCOTT, L. CERULUS y S. OVERLY, "How Silicon Valley gamed Europe's privacy rules", *Politico.eu*, 22/5/2019. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/europe-data-protection-gdpr-general-data-protection-regulation-facebook-google/>

<sup>55</sup> D. J. B. SVANTESSON, "European Union Claims of Jurisdiction over the Internet – an Analysis of Three Recent Key Developments", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 9, nº 2, 2018, pp. 113-125, p. 118.

<sup>56</sup> A. AZZI, "The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 9, nº 2, 2018, pp. 126-137, p. 137.

<sup>57</sup> P. DE HERT y M. CZERNIAWSKI, "Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context", *International Data Privacy Law*, vol. 6, nº 3, 2016, pp. 230-243, p. 230, doi:10.1093/idpl/ipw008.

<sup>58</sup> Véase *EDPB-EDPS Joint Response to the LIBE Committee on the impact of the US Cloud Act on the European legal framework for personal data protection* de 2019. Para solucionar este problema Estados Unidos y la UE se encuentran actualmente negociando un acuerdo sobre el acceso transfronterizo a pruebas electrónicas para la cooperación judicial en materia penal.

<sup>59</sup> Disponible su traducción al inglés en:

<http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/announcement/202101/20210103029708.shtml>

porque sus definiciones son bastante amplias. No obstante, uno de los requisitos de esta orden es que la aplicación extraterritorial se haga en violación del Derecho internacional, lo que en principio no sería el caso, pero dependería de la interpretación que hagan los tribunales chinos.<sup>60</sup> En definitiva, podemos ver dos claras tendencias mundiales: la aplicación de las normas de manera extraterritorial y la resistencia y problemas que esto puede crear.

**22.** Los problemas son múltiples y los críticos tienen buenas razones para estar preocupados, pero la dificultad para garantizar la aplicación del RGPD o la falta de recursos para ello no pueden hacer que apuntemos a estándares más bajos de protección de los derechos fundamentales.<sup>61</sup> Sobre todo teniendo en cuenta cómo el RGPD ha servido para elevar este nivel de protección no sólo en Europa. Al final la Comisión ha buscado solucionar un problema que viene definido por la actuación transfronteriza de los intermediarios que busca regular situados normalmente fuera de las fronteras europeas, pero con un fuerte impacto sobre sus ciudadanos. Se quiere hacer frente a lo que HILLDEBRANDT ha bautizado como “brute jurisdiction” de facto de algunos intermediarios que se basa en la fuerza normativa de control sobre las nuevas infraestructuras de comunicaciones (de ahí la cada vez más famosa definición como *gatekeepers*) y frente a la que llama a repensar los instrumentos que el derecho utiliza para garantizar el imperio de la ley.<sup>62</sup>

**23.** Así, tiene sentido que cuando la Comisión propuso el Reglamento e-privacy, eligiera seguir en esta línea y no fijarse en dónde estaban situados los servicios de comunicaciones electrónicas sino los destinatarios, porque, según su artículo 3, el Reglamento se aplicará a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales en la UE, independientemente de si el usuario final tiene que pagar por ellos; a la utilización de dichos servicios; y a la protección de la información relativa a los equipos terminales de los usuarios finales situados en la UE.<sup>63</sup>

**24.** El artículo 3 de la propuesta de Reglamento EPOC también establece que éste se aplicará a los proveedores que ofrezcan servicios en la UE. En su considerando 28 aclara, no obstante, que una estrecha vinculación con la UE es necesaria para determinar el ámbito de aplicación del mismo y sigue los parámetros establecidos en el RGPD, aunque añade nuevos criterios como que la orientación de las actividades hacia un Estado miembro también puede derivarse de la disponibilidad de una aplicación para móvil en la tienda de aplicaciones nacional. En opinión de algunos autores como SVANTESSON, que ya dudaban de que el RGPD estableciera un criterio que mostrará una estrecha vinculación, este Reglamento a pesar del primer inciso tampoco lo consigue en la práctica.<sup>64</sup>

**25.** La *CLOUD Act* estadounidense que también busca facilitar el acceso a pruebas electrónicas para investigaciones penales tomó como punto de conexión el contrario ya que sirve para obligar a las

---

<sup>60</sup> Véase D. J. B. SVANTESSON, “How will China’s new ‘extraterritoriality shield’ affect the Internet?” *LinkedIn*, 22/01/2021. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/how-chinas-new-extraterritoriality-shield-affect-svantesson>

<sup>61</sup> El art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la protección de los datos personales como un derecho fundamental.

<sup>62</sup> M. HILDEBRANDT, “Text-Driven Jurisdiction in Cyberspace”, Keynote Hart Workshop 26-28 April 2021. *New Perspectives on Jurisdiction and the Criminal Law*. Disponible en: <https://osf.io/jgs9n/>

<sup>63</sup> El Reglamento e-privacy es una propuesta de legislación controvertida, porque si bien existía consenso sobre la necesidad de actualizar la Directiva de e-privacy no sobre cómo hacerlo, véase A. GASCÓN MARCÉN, *El Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la asignatura pendiente del Mercado Único Digital*, Documento de Trabajo Número 93/2020, Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, 2020. Disponible en: [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10812/1/reglamento\\_gascon\\_2020.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10812/1/reglamento_gascon_2020.pdf) Así el Parlamento Europeo adoptó muy rápido su mandato para negociar en el tríplico con el Consejo de la UE, pero al Consejo le costó cuatro años hacerlo por el fuerte disenso a nivel interno. Además, el Consejo sólo lo consiguió insertando una mención a la conservación de datos que podría entrar en conflicto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, además, modificó determinados apartados que pueden suponer un conflicto con las disposiciones del RGPD, véase EDPB, *Statement 03/2021 on the ePrivacy Regulation Adopted on 9 March 2021*.

<sup>64</sup> D. J. B. Svantesson, “European Union Claims of Jurisdiction over the Internet – an Analysis of Three Recent Key Developments”, 9 (2) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (2018), 113-125, p. 120.

compañías localizadas en Estados Unidos a entregar esas pruebas a las autoridades independientemente de dónde se encuentren los datos, suponiendo así una aplicación extraterritorial diferente. La cuestión es que muchas compañías tecnológicas están establecidas en Estados Unidos así si la UE quiere facilitar el acceso a esos datos debe optar por un punto de conexión diferente como lo ha hecho.<sup>65</sup>

**26.** El artículo 1.2 de la propuesta de Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas establece que será de aplicación a los prestadores de servicios de alojamiento de datos que ofrecen servicios en la UE, independientemente de su lugar de establecimiento principal. Esta propuesta de Reglamento fue bastante controvertida y recibió críticas por múltiples razones,<sup>66</sup> las modificaciones a las que fue sometida en el marco de las negociaciones del trío entre el Consejo de la UE, y el Parlamento Europeo, la mejoraron sensiblemente,<sup>67</sup> aunque algunos elementos todavía deberían haber sido reformados para convertirla en una norma garantista de los derechos humanos.<sup>68</sup>

**27.** Varias organizaciones no gubernamentales que luchan por la protección de los derechos humanos de los usuarios de Internet pidieron en una carta conjunta a los Estados miembros de la UE que respetaran los principios de territorialidad y garantizaran el acceso a la justicia en casos de retirada transfronteriza asegurándose de que solo el Estado miembro en el que el proveedor de servicios de alojamiento tiene su establecimiento legal pueda emitir órdenes de retirada.<sup>69</sup> No obstante, esto iba totalmente en contra del objetivo de la norma que buscaba facilitar la creación de órdenes transfronterizas de retirada por lo que el Consejo de la UE ignoró esta petición. Sin embargo, es relevante tener en cuenta que este tipo de mecanismos puede ser utilizado en otras jurisdicciones por gobiernos autoritarios para fomentar

<sup>65</sup> Véase R. LÓPEZ JIMÉNEZ, “El nuevo marco jurídico transfronterizo de las pruebas electrónicas las órdenes de entrega y conservación de las pruebas electrónicas”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º. 49, 2019; L. GÓMEZ AMIGO, “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º. 71, 2019, pp. 23-55; A. GASCÓN MARCÉN, “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas: Evaluación de la propuesta de la Comisión Europea”, *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, 2019 y de la misma autora, “Improving access to electronic evidence: the European normative struggle”, *Cybercrime: new threats, new responses*, Huygens Editorial, 2020, pp. 140-157.

En el mismo sentido, aunque de manera menos ambiciosa parece ir orientado el segundo protocolo del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia que establecerá que cada Estado parte tomará medidas legislativas y de otro índole que sean necesarias para facultar a sus autoridades competentes a emitir una orden que se enviará directamente a un proveedor de servicios en el territorio de otra Parte, con el fin de obtener la divulgación de información especificada y almacenada del suscriptor en posesión o control de ese proveedor de servicios, cuando la información del suscriptor sea necesaria para las investigaciones o procedimientos penales específicos en la Parte emisora. Véase Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence, Draft Protocol version 3, T-CY (2020)7. Disponible en: <https://rm.coe.int/0900001680a2aa1c>

<sup>66</sup> Véase A. KUCZERAWY, *The Proposed Regulation on Preventing the Dissemination of Terrorist Content Online: Safeguards and Risks for Freedom of Expression*, Center for Democracy and Technology, 2018. Disponible en: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2018/12/Regulation-on-preventing-the-dissemination-of-terrorist-content-online-v3.pdf>; Opinion of European Union Agency for Fundamental Rights 2/2019 on the Proposal for a Regulation on preventing the dissemination of terrorist content online and its fundamental rights implications, 12 de febrero de 2019; y Carta del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, el Relator Especial sobre el derecho a la privacidad y el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo sobre la propuesta de Reglamento sobre la prevención de la difusión de contenidos terroristas del 7 de diciembre de 2018 (OL OTH 71/2018). Disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24234>

<sup>67</sup> Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo sobre la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, COM/2021/123 final, y J. C. YORK y C. SCHMON “The EU Online Terrorism Regulation: a Bad Deal”, *Electronic Frontier Foundation*, 7/4/2021. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2021/04/eu-online-terrorism-regulation-bad-deal>

<sup>68</sup> Véase Carta conjunta de una serie de organizaciones en pro de los derechos humanos de los usuarios de Internet a los miembros del Parlamento Europeo de 25 de marzo de 2021. Disponible en: [https://edri.org/wp-content/uploads/2021/03/MEP\\_TERREG\\_Letter\\_EN.pdf](https://edri.org/wp-content/uploads/2021/03/MEP_TERREG_Letter_EN.pdf)

<sup>69</sup> Véase Carta conjunta de una serie de organizaciones en pro de los derechos humanos de los usuarios de Internet a los Estados miembros en el marco del Consejo de la UE de 27 de marzo de 2020. Disponible en: <https://edri.org/wp-content/uploads/2020/03/Final-PDF-Letter-TERREG2.pdf>

la censura como ya se ha puesto de manifiesto,<sup>70</sup> sobre todo si se hace una definición muy amplia de lo que son contenidos terroristas. Por ello, en este tipo de iniciativas es importante crear salvaguardas para los derechos, por ejemplo, en este caso sería positivo que el país afectado donde vive la persona o del que es nacional pudiera objetar la aplicación de la orden.<sup>71</sup>

**28.** La propuesta de DSA, según su artículo 1.3, también se aplicará a los servicios intermedarios prestados a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o residencia en la UE, con independencia del lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios, y la propuesta de DMA se aplicará a los servicios básicos de plataforma prestados u ofrecidos por guardianes de acceso a usuarios profesionales establecidos en la UE o usuarios finales establecidos o situados en la UE, independientemente del lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso y de la ley aplicable a la prestación del servicio.

**29.** La aplicación extraterritorial ha claramente inspirado la propuesta de AIA, porque ésta según su artículo 2.1 se aplicará a los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA en la UE, con independencia de si dichos proveedores están establecidos en la UE o en un tercer país; los usuarios de sistemas de IA que se encuentren en la UE; y los proveedores y usuarios de sistemas de IA que se encuentren en un tercer país, cuando la información de salida generada por el sistema se utilice en la UE.<sup>72</sup> Es decir que la aplicación a los proveedores se desgaja totalmente de la cuestión de dónde estén situados, lo importante es que introduzcan sus sistemas en la UE, o incluso que sin hacerlo los resultados de esos sistemas se usen en la UE.

**30.** Se puede observar que existe un modelo que se va adaptando para la normativa relativa a los intermediarios de Internet que toma como punto de conexión que el destinatario del servicio esté en la UE, independientemente de la localización del propio intermediario. Esto supondrá la aplicación extraterritorial de todas estas normas para proteger mejor a los europeos, pero con los conflictos que hemos visto que esto puede crear.

### 3. Designación de un representante en uno de los Estados miembros

**31.** Para asegurarse de que las compañías localizadas fuera de la UE que quedan obligadas por el RGPD cumplan el mismo, éstas deben nombrar un representante en uno de los Estados miembros de

---

<sup>70</sup> En el marco de la discusión sobre un posible derecho al olvido, el Abogado General Niilo Jääskinen destacó como “Internet ha revolucionado el acceso a todo tipo de información y su difusión, y ha puesto en marcha nuevos medios de comunicación y de interacción social entre particulares” y a su juicio “el derecho fundamental a la información merece protección particular en Derecho de la Unión Europea, particularmente a la luz de la tendencia cada vez mayor de los regímenes autoritarios en todo el mundo a limitar el acceso a Internet o a censurar el contenido disponible en él.” Conclusiones del Abogado General ante el TJUE Niilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013, C-131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, párr. 121.

<sup>71</sup> Véase T. CHRISTAKIS, “Lost in notification? Protective logic as compared to efficiency in the European Parliament’s E-Evidence Draft Report”, *Cross-Border Data Forum*, 7/1/2020. Disponible en: <https://www.crossborderdataforum.org/lost-in-notification-protective-logic-as-compared-to-efficiency-in-the-european-parliaments-e-evidence-draft-report/>

<sup>72</sup> En su considerando 11 la propuesta aclara que “Debido a su carácter digital, algunos sistemas de IA deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento aunque no se introduzcan en el mercado, se pongan en servicio ni se utilicen en la Unión. Tal es el caso, por ejemplo, de un operador establecido en la Unión que contrate determinados servicios a otro operador establecido fuera de la Unión en relación con una actividad que llevará a cabo un sistema de IA que se consideraría de alto riesgo y que tiene repercusiones para las personas físicas ubicadas en la Unión. En dichas circunstancias, el sistema de IA usado por el operador de fuera de la Unión podría tratar datos recabados legalmente en la UE y transferidos desde su territorio, y proporcionar al operador contratante ubicado en la Unión la información de salida generada por dicho sistema de IA a raíz de su tratamiento, sin que el sistema de IA en cuestión se introduzca en el mercado, se ponga en servicio o se utilice en la Unión. Para evitar la elusión de este Reglamento y asegurar la protección efectiva de las personas físicas ubicadas en la Unión, el presente Reglamento también debe aplicarse a los proveedores y usuarios de sistemas de IA establecidos en un tercer país, en la medida en que la información de salida generada por dichos sistemas se utilice en la Unión.”

la UE en que estén los interesados cuyos datos personales se traten, conforme al artículo 27 del RGPD. Si bien teniendo en cuenta la onerosidad de esta obligación, ésta se matiza porque no será aplicable al tratamiento que sea ocasional, que no incluya el manejo a gran escala de categorías especiales de datos o de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, y que sea improbable que entrañe un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, teniendo en cuenta la naturaleza, contexto, alcance y objetivos del tratamiento, o a las autoridades u organismos públicos. El responsable o el encargado del tratamiento encomendará al representante que atienda, junto al responsable o al encargado, o en su lugar, a las consultas de las autoridades de control y de los interesados, sobre todos los asuntos relativos al tratamiento.

**32.** Esta obligación resulta onerosa para las compañías extranjeras que sino no tendrían presencia física en la UE, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas.<sup>73</sup> No obstante, es una manera efectiva de asegurar el cumplimiento y, en realidad, se trata de nombrar un único representante para 27 Estados. El problema es que este requerimiento está siendo imitado en las normativas de protección de datos de muchos otros países, lo que lo convierte en requisito cada vez más costoso para las empresas que tienen que multiplicar sus representantes por todo el mundo. Desgraciadamente algunos Estados están exigiendo la presencia de un representante de los intermediarios de Internet en su territorio para hacerles cumplir normas que pueden violar los derechos humanos al vulnerar la libertad de expresión y facilitar la censura.<sup>74</sup>

**33.** Es extremadamente poco usual que se establezcan multas por falta de un representante dado que la mayoría de los casos en los que las agencias de protección de datos se fijan en la actuación de empresas de fuera de la UE, éstas suelen ser bastante grandes y, por tanto, están representadas en la misma. No obstante, se están empezando a imponer sanciones por falta de cumplimiento de esta obligación. Un ejemplo sería la multa que la Agencia holandesa de protección de datos impuso a LocateFamily.com con una suma a tanto alzado de 525,000 euros y una multa coercitiva de 20,000 por cada dos semanas en las que todavía no se nombrara a dicho representante con un montante máximo de 120,000 euros.<sup>75</sup>

**34.** En el art. 3 de la propuesta de Reglamento e-privacy, se establece que el proveedor de un servicio de comunicaciones electrónicas que no esté establecido en la UE deberá designar por escrito a un representante en la misma. El representante estará establecido en uno de los Estados miembros en que estén situados los usuarios finales de esos servicios y facultado para responder a preguntas y facilitar información que complemente o supla la del proveedor al que representa, en particular a las autoridades de control y los usuarios finales, sobre todos los asuntos relativos al tratamiento de datos de comunicaciones electrónicas a fin de garantizar el cumplimiento del presente Reglamento.

**35.** Según el art. 7 del Reglamento EPOC, las órdenes europeas de entrega y de conservación de pruebas electrónicas deberán remitirse directamente al representante legal designado por el proveedor de servicios a efectos de recabar pruebas para procesos penales.<sup>76</sup> Éste se encargará de la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las resoluciones y órdenes emitidas por las autoridades competentes de los Estados miembros a efectos de recabar pruebas para procesos penales. En este Reglamento, la figura del representante es muy importante porque sirve para centralizar la gestión de este tipo de órdenes y hacerlas más efectivas, incluso si se trata de un intermediario establecido en la UE, pero en el caso de los que están establecidos fuera de la misma también es una herramienta para asegurar el cumplimiento

---

<sup>73</sup> D. J. B. SVANTESSON, *Internet & Jurisdiction Global Status Report 2019*, Internet & Jurisdiction Policy Network, 2019, p. 147. Este autor ha bautizado esta tendencia como “*rep localization*” haciendo un paralelismo con la “*data localization*”.

<sup>74</sup> FREEDOM HOUSE, “Turkey”, *Freedom of the Net 2020, 2021*. Disponible en: <https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-net/2020>

<sup>75</sup> Véase carta de la Autoriteit Persoonsgegevens de 10 de diciembre de 2020. Disponible en: [https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20210512\\_boetebesluit\\_ap\\_locatefamily.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20210512_boetebesluit_ap_locatefamily.pdf)

<sup>76</sup> Si no se ha designado un representante legal específico, existe una extrema urgencia o éste no cumple con la orden, podrán remitirse a cualquier establecimiento del proveedor en la UE si es que lo tiene.

del Reglamento. La regulación de la designación de este representante se hace en una directiva independiente<sup>77</sup> que se aplicará a los proveedores de servicios que ofrezcan sus servicios en la UE y tengan (de nuevo) un vínculo sustancial con alguno de los Estados miembros (art. 1 y 2).

**36.** Algo muy similar ocurre con el art. 16 de la propuesta de Reglamento TERREG, que establece que los prestadores de servicios de alojamiento de datos que no tengan un establecimiento en la UE, pero que ofrezcan servicios en la misma, designarán por escrito a una persona física o jurídica como representante legal en la UE a efectos de la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las órdenes de retirada, los requerimientos, las solicitudes y las decisiones emitidos por las autoridades competentes con arreglo al Reglamento. El representante legal deberá residir o estar establecido en uno de los Estados miembros en los que el prestador de servicios de alojamiento de datos ofrezca los servicios. El prestador de servicios de alojamiento de datos encomendará al representante legal la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las órdenes de retirada, los requerimientos, las solicitudes y las decisiones en nombre del prestador de servicios de alojamiento de datos correspondiente. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos otorgarán a su representante legal los poderes y recursos necesarios para cooperar con las autoridades competentes y cumplir esas decisiones y órdenes. El representante legal designado puede ser considerado responsable del incumplimiento de las obligaciones fijadas en el Reglamento, sin perjuicio de la responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento de datos y de las acciones legales que podrían iniciarse contra este.

**37.** Según el art. 11 de la DSA, los prestadores de servicios intermediarios que no tengan un establecimiento en la UE pero que ofrezcan servicios en la misma designarán a una persona física o jurídica como su representante legal en uno de los Estados miembros donde el prestador ofrezca sus servicios. Los prestadores de servicios intermediarios mandatarán a sus representantes legales, además o en lugar del prestador, como destinatarios de las comunicaciones enviadas por las autoridades de los Estados miembros, la Comisión y la Junta sobre todas las cuestiones necesarias para la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las decisiones adoptadas en relación con el Reglamento. Los prestadores de servicios intermediarios otorgarán a su representante legal las facultades y los recursos necesarios para cooperar con las autoridades de los Estados miembros, la Comisión y la Junta y cumplir esas decisiones. Se podrán exigir responsabilidades al representante legal designado por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Reglamento, sin perjuicio de la responsabilidad del prestador de servicios intermediarios y de las acciones legales que puedan iniciarse contra este.

**38.** En la propuesta de IAI, también se establece en su art. 25 que antes de comercializar sus sistemas en la UE, cuando no se pueda identificar a un importador, los proveedores establecidos fuera de la UE tendrán que designar, mediante un mandato escrito, a un representante autorizado que se encuentre en el territorio de la UE. Éste tendrá que cooperar con las autoridades nacionales competentes en todas las acciones que estas emprendan en relación con el sistema de IA de alto riesgo y proporcionar a una autoridad nacional competente toda la información y la documentación necesarias para demostrar que un sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos en el Reglamento.

**39.** En realidad, una vez que las compañías establecen un representante en un Estado miembro para cumplir el RGPD, el exigirles un representante para cumplir el resto de la legislación es menos costoso, porque pueden designar al mismo representante para dar cumplimiento a todas estas normas, aunque sus competencias sean diferentes. Además, al final se trata de establecer un solo representante para los 27 Estados miembros, así que el coste no parece en general desproporcionado porque se trata de poder ofrecer servicios en un mercado del tamaño total de la UE, aunque evidentemente esto dependerá del tamaño de las empresas y los servicios que preste y si la UE es un mercado principal o secundario en sus operaciones.

---

<sup>77</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, COM/2018/226 final.

#### 4. Sanciones por incumplimiento

40. El RGPD va acompañado de un régimen disuasorio de sanciones por su incumplimiento que busca que las empresas tengan un fuerte aliciente para cumplir con sus obligaciones. Así, su artículo 83.5 y 6 regula que las infracciones más graves se sancionarán con multas administrativas de 20 millones de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía. Esto puede llevar a multas multimillonarias en el caso de las grandes empresas tecnológicas. Además, cabe señalar que el porcentaje no se aplica al volumen de negocio en la UE sino al global. Algunos expertos consideran que el riesgo de multas potenciales elevadas es una barrera importante para las pequeñas y medianas empresas, dado que su acceso a asesoramiento legal sofisticado sobre cuestiones legales complejas es limitado,<sup>78</sup> mientras que las multinacionales cuentan con grandes asesorías jurídicas.

41. No obstante, en la práctica, aunque ha habido multas elevadas, éstas no se han acercado a dicho potencial. Así si tenemos en cuenta las multas impuestas hasta ahora,<sup>79</sup> la más elevada fue de 50 millones de euros a Google Inc. el 21 de enero de 2019 por Francia debido a una vulneración de los artículos 5, 6, 13 y 14 RGPD por carecer de una base legal para el procesamiento de datos personales.<sup>80</sup> La segunda multa en cuantía fue impuesta por Alemania el 1 de octubre de 2020 y ascendió a 35 millones de euros a H&M debido a una vulneración de los artículos 5 y 6 RGPD por carecer de una base legal para el procesamiento de datos personales.<sup>81</sup> La tercera fue impuesta por Italia a TIM (el operador de telecomunicaciones) el 15 de enero de 2020, ascendió a casi 28 millones de euros y fue motivada por una vulneración de los artículos 5, 6, 17, 21 y 32 RGPD por carecer de una base legal para el procesamiento de datos personales. La Agencia luxemburguesa parece estar considerando una posible multa a Amazon de 425 millones de euros, lo que representaría aproximadamente el 2% de los ingresos netos reportados por Amazon de 21,3 mil millones de dólares en 2020, y el 0,1% de sus 386 mil millones de dólares en ventas, pero esto es sólo una propuesta que se está discutiendo en el mecanismo de coordinación del CEPD.<sup>82</sup>

42. En España, la multa más elevada fue impuesta a Vodafone España el 11 de marzo de 2021, de 8 millones de euros y se debió a una vulneración de los derechos de los interesados y, en particular, de los artículos 21, 24, 28 y 44 RGPD, el 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, el artículo 48 (1) b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y el artículo 23 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de Derechos Digitales.<sup>83</sup>

43. Estas multas quedan por debajo del potencial del RGPD y también están por debajo de las más altas impuestas en Estados Unidos que no cuenta con una ley general de protección de datos, sino sectoriales o de determinados Estados. En Estados Unidos la multa más alta impuesta por la *Federal*

<sup>78</sup> D. J. B. SVANTESSON, *Internet & Jurisdiction Global Status Report 2019*, Internet & Jurisdiction Policy Network, 2019, p. 146.

<sup>79</sup> A 8 de abril de 2021. Pueden seguirse las sanciones impuestas en los diferentes Estados de la UE en <https://www.enforcementtracker.com/>

<sup>80</sup> Véase *Délibération n°SAN-2019-001 du 21 janvier 2019 Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC*. Disponible en : <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000038032552/>

<sup>81</sup> Véase M. SCHEMM “35,3 Millionen Euro Bußgeld wegen Datenschutzverstößen im Servicecenter von H&M”, *Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit*, 2020. Disponible en: <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2020/10/2020-10-01-h-m-verfahren>

<sup>82</sup> S. SCHECHNER, « Amazon Faces Possible \$425 Million EU Privacy Fine », *Wall Street Journal*, 10/06/2021 <https://www.wsj.com/articles/amazon-faces-possible-425-million-eu-privacy-fine-11623332987>

<sup>83</sup> Véase la Resolución de Procedimiento Sancionador de la Agencia europea de Protección de Datos de 11 de febrero de 2021, Procedimiento N°: PS/00059/2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00059-2020.pdf>

*Trade Commission* (FTC) correspondió a Facebook en 2019 y ascendió a 5000 millones de dólares,<sup>84</sup> muy por encima de la impuesta a Equifax ese mismo año de 575 millones de dólares.<sup>85</sup>

44. A pesar de lo cuantioso de estas multas las empresas pueden obtener ventajas mucho mayores haciendo un uso ilícito de los datos y, por tanto, pueden llegar a internalizarlas como un coste más, como el precio por hacer determinados negocios, diluyéndose así su carácter desincentivador por el análisis coste/beneficio. Incluso, modelos de negocio que podrían considerarse incompatibles con el RGPD siguen existiendo por falta de un control y aplicación efectiva de éste, como, por ejemplo, las empresas que se dedican a la colocación de anuncios a través de *real-time bidding* sin una base legítima para tratar datos de los interesados.<sup>86</sup>

45. El art. 23 dedicado a las multas administrativas de la propuesta del Reglamento de e-privacy replica el correspondiente del RGPD hasta tal punto que se dice expresamente que será de aplicación lo estipulado en el mismo respecto a las infracciones. Así, se fijan sanciones para las vulneraciones más graves de 20 millones de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía. Esto es coherente con la idea de acercar el régimen de la protección de la privacidad de las comunicaciones electrónicas al de la protección de datos. Si bien la fijación de la cuantía de las sanciones para determinadas violaciones de la norma se dejaban a decisión de los Estados (artículos 23.4, 23.6 y 26). El Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Opinión sobre la propuesta consideró muy positiva la armonización de regímenes, aunque en su opinión debería haberse completado y no haberse dejado la fijación de la cuantía de las sanciones por determinadas violaciones a los Estados.<sup>87</sup>

46. Sin embargo, la propuesta de Reglamento EPOC no fija la cuantía de las sanciones por su incumplimiento y, por tanto, no sigue esta tendencia. Su art. 13 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones nacionales que prevean la imposición de sanciones penales, los Estados miembros establecerán normas relativas a las sanciones pecuniarias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Si bien el Reglamento sí que dispone que las sanciones pecuniarias deberán ser “eficaces, proporcionadas y disuasorias”, algo bastante usual en las normas de este tipo.

47. La propuesta de Reglamento TERREG se situaría entre ambas opciones. Su art. 18 establece que los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios de alojamiento de datos en el Reglamento y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Dispone que las sanciones que se impongan serán eficaces, proporcionadas y disuasorias, y añade algunos elementos que deben tenerse en cuenta en la fijación de la cuantía como la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción o su carácter doloso o culposo. Pero, además, se cierra el artículo dedicado a las sanciones con una cláusula que establece que los Estados miembros garantizarán que el incumplimiento sistemático de determinadas obligaciones impuestas en el Reglamento se someta a sanciones económicas de hasta el 4% del volumen de negocio

<sup>84</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION, “FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook”, *Federal Trade Commission*, 24/7/2019. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>

<sup>85</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION, “Equifax to Pay \$575 Million as Part of Settlement with FTC, CFPB, and States Related to 2017 Data Breach”, *Federal Trade Commission*, 22/7/2019. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/equifax-pay-575-million-part-settlement-ftc-cfpb-states-related>

<sup>86</sup> Véase M. VEALE y F. Z. BORGESIU. “Adtech and Real-time Bidding Under European Data Protection Law.” *SocArXiv*. 1/04/2021.. doi:10.31235/osf.io/wg8fq y para una crítica más amplia véase S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. Profile books, 2019.

<sup>87</sup> Véase EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 6/2017 on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation)*, p. 35. Disponible en: [https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-04-24\\_eprivacy\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-04-24_eprivacy_en.pdf)

mundial del prestador de servicios de alojamiento de datos en el último ejercicio. Esto denota una clara influencia del RGPD, si bien se abandona la mención a los 20 millones de euros. En lo referente a las normas que tienen que ver con la moderación de contenidos y, por tanto, pueden afectar a la libertad de expresión es importante no crear un incentivo tan fuerte que lleve al bloqueo sistemático de contenido legal por miedo a las sanciones.

**48.** En la propuesta de DSA, su art. 42 dispone que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento del Reglamento por los prestadores de servicios intermediarios bajo su jurisdicción y se asegurarán de que el máximo importe de las mismas no exceda del 6% de la renta o facturación anual del prestador de servicios intermediarios afectado. Las sanciones por proporcionar información incorrecta, incompleta o engañosa, por no responder o rectificar información incorrecta, incompleta o engañosa o por no someterse a una inspección sobre el terreno no excederán del 1% de la renta o facturación anual del prestador afectado. A esto se añade que los Estados miembros se asegurarán de que el máximo importe de una multa coercitiva no exceda del 5 % de la facturación media diaria del prestador de servicios intermediarios afectado en el ejercicio fiscal anterior por día, calculado a partir de la fecha especificada en la decisión de que se trate. Las multas que corresponde imponer a la Comisión Europea a las plataformas en línea de muy gran tamaño tienen los mismos límites (art. 59 y 60). De nuevo, podemos ver la influencia del RGPD, si bien en la DSA se es más ambicioso al fijar un límite superior del 6% y además incluir multas coercitivas diarias.

**49.** La propuesta de DMA va todavía más lejos al establecer que la Comisión podrá en determinados casos imponer a un guardián de acceso multas que no excedan del 10% de su volumen de negocios total en el ejercicio financiero anterior y multas coercitivas que no excedan del 5% del promedio diario del volumen de negocios del ejercicio financiero anterior por día (arts. 26 y 27). Estos 5% y 10% traen su causa en que son los límites máximos de las multas por incumplimiento del Derecho de la competencia que impone la Comisión Europea.<sup>88</sup> Cabe señalar que las mayores multas impuestas por ésta debido a la vulneración del Derecho a la competencia han sido a Google por abuso de posición dominante, en 2017 en la comparación de servicios de venta de 4 342 865 000 euros (1 921 666 000 solidariamente con Alphabet)<sup>89</sup>, en 2018 en el marco del sistema operativo Android y las aplicaciones móviles de 2 424 495 000 (conjuntamente con Alphabet)<sup>90</sup>, y en 2019 en el marco de la colocación de anuncios de 1 494 459 000 euros (de los cuales 130 135 475 con Alphabet)<sup>91</sup>. No obstante, a pesar de la alta cuantía de estas multas en términos absolutos siguen siendo una fracción mínima de los beneficios de dichas empresas.

**50.** La propuesta de AIA establece, según su art. 71, para las infracciones más graves multas administrativas de hasta 30 millones de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 6% del volumen de negocio total anual mundial del ejercicio financiero anterior.

---

<sup>88</sup> Véase art. 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DOUE L 1*, 4 de enero de 2003, p. 1.

<sup>89</sup> Véase Summary of Commission decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 — Google Search (Shopping)) (notified under document number C(2017) 4444), *DOUE C 9*, 12 de enero de 2018, p. 11, que fue objeto del Recurso interpuesto ante el Tribunal General de la UE el 11 de septiembre de 2017, Google y Alphabet c. Comisión, as. T-612/17.

<sup>90</sup> Véase Summary of Commission Decision of 18 July 2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 — Google Android, 2019/C 402/08, C/2018/4761, *DOUE C 402*, 28 de noviembre de 2019, p. 19, que ha sido objeto del Recurso interpuesto ante el Tribunal General de la UE el 9 de octubre de 2018 — Google y Alphabet c. Comisión, as. T-604/18.

<sup>91</sup> Véase Summary of Commission Decision of 20 March 2019 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case T.40411 — Google Search (AdSense)) (notified under document number C(2019) 2173), 2020/C 369/04, C/2019/2173, *DOUE C 369*, 3 de noviembre de 2020, p. 6, que ha sido objeto del Recurso ante el Tribunal General de la Unión Europea interpuesto el 4 de junio de 2019, Google y Alphabet c. Comisión, as. T-334/19.

## 5. Autoridad de control

**51.** Una de las razones del éxito de las normas europeas de protección de datos debería ser la arquitectura institucional creada para ello. El RGPD dispone que cada Estado miembro establecerá que sea responsabilidad de una o varias autoridades públicas independientes (bautizadas como autoridades de control) supervisar la aplicación del mismo.

**52.** La figura de la autoridad de control (también conocidas como Autoridades de Protección de Datos o APD) no es una novedad del RGPD, sino que ya aparecía en su predecesora la Directiva de protección de datos personales de 1995.<sup>92</sup> De hecho, varios Estados europeos ya tenían autoridades de control antes, la Agencia Española de Protección de Datos se creó en 1992 y comenzó a funcionar en 1994.

**53.** La primera norma a nivel europeo de protección de datos personales, de hecho, no procedía de la UE sino del Consejo de Europa y fue el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981, que tiene un Protocolo adicional sobre las autoridades supervisoras y los flujos transfronterizos de datos de 2004. Este último ha sido ratificado por 56 Estados, parte de ellos no europeos como Argentina, Cabo Verde, Mauricio, México, Marruecos, Senegal, Túnez y Uruguay.<sup>93</sup>

**54.** Lo que hace el RGPD frente a la Directiva de 1995 es detallar más las características de las autoridades de control y reforzar sus capacidades. Se fijan los requisitos que estas autoridades deben cumplir respecto a su independencia (art. 52), las condiciones generales aplicables a sus miembros (art. 53), las normas relativas a su establecimiento (art. 54), sus competencias (art. 55 y 56), funciones (art. 57) y poderes (art. 58).

**55.** La Comisión Europea cuando evalúa si un Estado ofrece un nivel de protección esencialmente equivalente al europeo, como ya se ha explicado no sólo se fija en la legislación, sino en que esos países cuenten con una autoridad de control independiente y efectiva. En ese sentido, Japón tuvo que crear su autoridad de control en 2016 para poder aspirar a una decisión de adecuación y Corea del Sur reformó su sistema de control centralizando las competencias que se repartían entre varios órganos en una autoridad de control única e independiente en 2020 con el mismo objetivo.

**56.** Las autoridades europeas de control se coordinan a través del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) que es un organismo europeo independiente que contribuye a la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la UE. Está compuesto por el director de las autoridades nacionales de protección de datos de todos los Estados miembros de la UE y de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (porque el RGPD se aplica en todo el Espacio Económico Europeo) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD). Tiene un papel muy importante porque es el que elabora las directrices sobre cómo deben interpretarse los artículos y conceptos del RGPD, además de otras muchas competencias (art. 70 RGPD). Vino a sustituir al Grupo de Trabajo del artículo 29 que existía con la Directiva de 1995, pero con competencias reforzadas.

**57.** Teniendo todo esto en cuenta, no es de extrañar que en su propuesta de Reglamento *e-privacy*, la Comisión Europea estableciera que las autoridades de control independientes encargadas de supervisar la aplicación del RGPD también serían responsables de supervisar la aplicación de este Reglamento (art. 18), dando competencias similares también al Comité Europeo de Protección de Datos (art. 19). Esto fue considerado como una clara mejora de la situación actual que permite que la supervisión quede en manos de otras autoridades (como los reguladores de telecomunicaciones) por las organizaciones de

<sup>92</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DOUE* L 281 de 23 de noviembre de 1995, p. 31.

<sup>93</sup> A 11 de junio de 2021.

protección de los derechos de los usuarios de Internet que entendían que ayudaría a una aplicación más coherente de la normativa.<sup>94</sup> Sin embargo, el Consejo de la UE en su orientación general de cara a la negociación con el Parlamento Europeo en el trilogó ha propuesto modificar el art. 18 y permitir que sean los Estados los que elijan a la autoridad que se encargue de la supervisión del Reglamento que podría ser diferente de las APD, aunque tendrían que coordinarse con ellas y ser también independientes.<sup>95</sup> Esto tendrá que acordarse entre el Parlamento y el Consejo.

**58.** Es necesario dotar a las APD de mayores recursos financieros, personales y técnicos. En una encuesta a 30 APD europeas sólo 9 se mostraban satisfechas con los recursos con los que contaban<sup>96</sup> y muchas han dado la voz de alarma por considerar que están muy por debajo de lo que sería apropiado.<sup>97</sup> La mayoría de las APD europeas necesitarían un aumento en su presupuesto del 30-50%, y hay algunos ejemplos extremos en los que esta necesidad se acerca incluso al 100%.<sup>98</sup> La Comisión considera la falta de recursos un problema sistemático y muy serio,<sup>99</sup> ha subrayado la obligación de los Estados miembros de asignar suficientes recursos a las APD y les ha instado a aumentarlos en múltiples ocasiones.<sup>100</sup> La sociedad civil también se ha expresado en el mismo sentido.<sup>101</sup>

**59.** Por su parte, la aplicación de los Reglamentos TERREG y EPOC será directamente supervisada por las autoridades judiciales de los países por lo que no era necesario crear una autoridad independiente especializada.

**60.** Respecto a la propuesta de DSA, los Estados miembros designarán una o varias autoridades competentes responsables de la aplicación y ejecución del Reglamento y en particular a una de ellas como su coordinador de servicios digitales. Esta nueva figura del “coordinador de servicios digitales” será responsable en todas las materias relacionadas con la aplicación y ejecución del Reglamento en ese Estado miembro, a menos que el Estado miembro de que se trate haya asignado determinadas funciones o sectores específicos a otras autoridades competentes. En todo caso, el coordinador de servicios digitales será responsable de garantizar la coordinación en el ámbito nacional y de contribuir a la aplicación y ejecución efectiva y coherente del Reglamento en toda la UE (art. 38). El Reglamento establece los requisitos de estos coordinadores que deberán ser totalmente independientes y un buen número de competencias. Esta figura recuerda *mutatis mutandis* a las APD. De hecho, los coordinadores de servicios digitales también se coordinarán a través de una Junta Europea de Servicios Digitales (JESD) que podría asimilarse, salvando las distancias, al CEPD.<sup>102</sup>

<sup>94</sup> EDRI, *EDRI's position on the proposal of an e-Privacy Regulation*, 2017, p. 11. Disponible: [https://edri.org/files/epd-revision/ePR\\_EDRI\\_position\\_20170309.pdf](https://edri.org/files/epd-revision/ePR_EDRI_position_20170309.pdf)

<sup>95</sup> General Secretariat of the Council, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) - Mandate for negotiations with EP, doc. 6087/21. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_6087\\_2021\\_INIT&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6087_2021_INIT&from=ES)

<sup>96</sup> European Data Protection Board, *Individual replies from the data protection supervisory authorities*, 2020. Disponible en: [https://edpb.europa.eu/individual-replies-data-protection-supervisory-authorities\\_en](https://edpb.europa.eu/individual-replies-data-protection-supervisory-authorities_en)

<sup>97</sup> Politico EU, “EU privacy regulators voice alarm over GDPR, documents show”, 2020. Disponible en: <https://pro.politico.eu/news/eu-privacy-regulators-alarm-problems-documents>

<sup>98</sup> Comité Europeo de Protección de Datos, *First overview on the implementation of the GDPR and the roles and means of the national supervisory authorities*, 2019, p. 7. Disponible en: [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/19\\_2019\\_edpb\\_written\\_report\\_to\\_libe\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/19_2019_edpb_written_report_to_libe_en.pdf)

<sup>99</sup> Comisión Europea, *Draft General budget of the European Union for the financial year 2021, Volume 9*, 2020, p. 2. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/budget/data/DB/2021/en/SEC09.pdf>

<sup>100</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo La protección de datos como pilar del empoderamiento de los ciudadanos y del enfoque de la UE para la transición digital: dos años de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos, COM/2020/264 final.

<sup>101</sup> ACCESS NOW, *Two years under the EU GDPR an implementation progress report*, 2020. Disponible en: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/05/Two-Years-Under-GDPR.pdf>

<sup>102</sup> El paralelismo es incluso más claro cuando se utilizan los términos en inglés de *European Board for Digital Services* y *European Data Protection Board*.

**61.** La Junta adoptará dictámenes, solicitudes y recomendaciones dirigidos a los coordinadores de servicios digitales u otras autoridades competentes nacionales. Aunque no sean legalmente vinculantes, la decisión de desviarse de ellos debe explicarse debidamente y puede ser tenida en cuenta por la Comisión para evaluar el cumplimiento de la DSA. La Junta también colaborará en la preparación de unos modelos y códigos de conducta pertinentes y analizará las tendencias generales emergentes en el desarrollo de servicios digitales en la UE. Una diferencia interesante respecto a CEPD es que en este caso la Comisión propone ser ella la que presida la Junta mientras que en el CEPD las APD eligen a un presidente entre ellas. Esto permitirá a la Comisión un mayor control sobre este organismo.

**62.** Respecto a los supervisores nacionales surge la gran duda de quién se encargará de estas funciones, si organismos nuevos o ya existentes, lo más probable es que estas competencias sean asumidas por organismos ya existentes, pero no tiene que por qué ser necesariamente así. Francia, por ejemplo, ha decidido crear un órgano que concentre un gran número de competencias, la *Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (ARCOM), que surge de la fusión del *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) y de la *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet* (Hadopi).<sup>103</sup> Este órgano controlaría la aplicación de la DSA, e incluso antes de la *Loi confortant le respect des principes de la République* en la que Francia ha introducido algunos de los contenidos de la DSA en lo que respecta a la moderación de contenidos y la *Loi relatif à la protection de l'accès du public aux œuvres culturelles à l'ère numérique*.

**63.** La propuesta de DSA también copia uno de las cuestiones más conflictivas del RGPD y es su idea de crear un supervisor de establecimiento que es el llamado a tener jurisdicción sobre los intermediarios cuyo establecimiento principal esté en su país. Como es usual que un intermediario de Internet oferte sus servicios en varios Estados miembros de la UE para racionalizar el trabajo de las autoridades de control respectivas el RGPD estableció el mecanismo de “ventanilla única” (*one-stop-shop*), que garantiza la cooperación entre las autoridades de protección de datos para el tratamiento transfronterizo. Si una empresa realiza el tratamiento de datos en distintos países, la autoridad competente (que será la autoridad principal en sus relaciones con otras autoridades implicadas en la UE) es la del país de la UE en el que tenga su establecimiento principal. Esta solución que en teoría es muy lógica se ha revelado como una mala idea.

**64.** En una resolución del Parlamento Europeo de 2021 sobre la ejecución del RGPD, éste subrayó que la ventanilla única es útil para proporcionar seguridad jurídica y reducir la carga administrativa tanto para las empresas como para los ciudadanos. Sin embargo, expresó gran preocupación por su funcionamiento en la práctica, en particular por lo que se refiere al papel de las autoridades irlandesa y luxemburguesa. Observó que estas autoridades de protección de datos son las encargadas de tramitar un gran número de asuntos, puesto que muchas empresas tecnológicas han registrado su sede en la UE en esos países. Expresó su especial preocupación por que la autoridad irlandesa archive la mayoría de los casos con un acuerdo en lugar de una sanción y por que los casos remitidos a Irlanda en 2018 ni siquiera hubieran alcanzado la fase de proyecto de decisión en 2021. El Parlamento pidió a estas autoridades que aceleraran las investigaciones en curso sobre los asuntos de mayor relevancia para mostrar a los ciudadanos de la UE que la protección de datos es un derecho protegido jurídicamente en la UE y señaló que el éxito del “mecanismo de ventanilla única” depende del tiempo y del esfuerzo que las autoridades de protección de datos puedan dedicar a la tramitación y la cooperación en casos transfronterizos individua-

---

<sup>103</sup> A pesar de que Reino Unido no forma ya parte de la UE, también sigue esta tendencia de creación de órganos administrativos de control. En su caso, se ha decidido que la *Office of Communications* (Ofcom), que era el regulador de contenidos audiovisuales, se encargue también de la tarea de controlar que los intermediarios de Internet cumplen las medidas para luchar contra los *online harms*. Véase HM GOVERNMENT, *Online Harms White Paper: Full Government Response to the consultation*, 2020. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/944310/Online\\_Harms\\_White\\_Paper\\_Full\\_Government\\_Response\\_to\\_the\\_consultation\\_CP\\_354\\_CCS001\\_CCS1220695430-001\\_V2.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/944310/Online_Harms_White_Paper_Full_Government_Response_to_the_consultation_CP_354_CCS001_CCS1220695430-001_V2.pdf)  
Véase también *Draft Online Safety Bill* 2021. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/985033/Draft\\_Online\\_Safety\\_Bill\\_Bookmarked.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/985033/Draft_Online_Safety_Bill_Bookmarked.pdf)

les y que la falta de voluntad política y de recursos tiene consecuencias inmediatas en el funcionamiento de este mecanismo.<sup>104</sup>

**65.** A 31 de diciembre de 2020, Irlanda tenía la supervisión principal europea en 196 procedimientos. Sin embargo, la autoridad irlandesa había concluido solo cuatro procedimientos mediante una decisión final. En comparación, las autoridades supervisoras alemanas encargadas de la supervisión principal en 176 procedimientos, habían concluido 52 procedimientos con una decisión final en la misma fecha.<sup>105</sup> Desde mayo de 2018 hasta marzo de 2021, las APD impusieron 596 multas y sanciones por un total de 278.549.188 euros. Los datos sobre el uso de multas muestran una gran discrepancia entre los Estados miembros en la forma en que las APD utilizan sus poderes. La APD más activa (la española) había impuesto 223 multas desde mayo de 2018, mientras que las APD menos activas (las luxemburguesa y eslovena) aún no habían emitido ninguna multa.<sup>106</sup>

**66.** Muchas multinacionales tecnológicas tienen su sede principal en la UE en Irlanda por sus ventajas fiscales y el uso común del inglés. Esto hace que económicamente al país no le interese tener una agencia de protección de datos excesivamente estricta que los pueda incomodar y terminar con una importante fuente de ingresos y empleo. Así, la autoridad irlandesa se ha convertido en el cuello de botella que retrasa las medidas de supervisión y sanción en su caso a compañías como Google, Facebook, Microsoft o Apple.<sup>107</sup>

**67.** Esta cuestión ha llegado incluso al Tribunal de Justicia de la UE y el Abogado General BOBEK aunque ha mostrado su apoyo al mecanismo de ventanilla única ha admitido que hay situaciones de inercia administrativa en las que una autoridad (por falta de experiencia y/o personal, o por cualquier otra razón) no adopta ninguna medida significativa para investigar posibles infracciones del RGPD y hacer cumplir sus reglas.<sup>108</sup>

**68.** Incluso el Supervisor Europeo de Protección de Datos, WOJCIECH WIEWIÓROWSKI, ha afirmado que la ventanilla única ha afectado al funcionamiento del RGPD y, como cuestión de principio, no está seguro de que éste sea el enfoque correcto. Dijo que los legisladores habían subestimado los problemas con la ventanilla única e indicó que prefería la propuesta inicial de RGPD de la Comisión Europea, que respaldaba un mecanismo de aplicación más centralizado, pero que el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo modificaron en la versión final del texto. WIEWIÓROWSKI concluyó que, si bien en el momento de la adopción del RGPD, la ventanilla única fue aclamada como un modelo potencial a seguir, ahora debemos tener mucho cuidado de utilizarlo en otras normas.<sup>109</sup>

**69.** La Comisión no era ajena a estas cuestiones por lo que creó un mecanismo en la propuesta de DSA que le permite avocarse casos cuando se dé la inacción de un coordinador nacional. En particular, podrá actuar cuando se sospeche que ha habido una infracción por parte de una plataforma de gran tamaño y el coordinador de servicios digitales de establecimiento no haya adoptado ninguna medida de investiga-

<sup>104</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2021, sobre el informe de evaluación de la Comisión sobre la ejecución del Reglamento General de Protección de Datos dos años después de su aplicación (2020/2717(RSP), párrafo 20.

<sup>105</sup> Datos extraídos de la Carta de U. KELBER, Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, al Comité LIBE del Parlamento Europeo de 16 de marzo de 2021. Traducción al inglés no oficial disponible en: [https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/03/Letter-BfDI-LIBE-on-Irish-DPC\\_EN.pdf](https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/03/Letter-BfDI-LIBE-on-Irish-DPC_EN.pdf)

<sup>106</sup> ACCESS NOW, *Three years under the GDPR. An implementation progress report*. 2021, p. 2. Disponible en: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2021/05/Three-Years-Under-GDPR-report.pdf>

<sup>107</sup> J. RYAN, *Economic & Reputational Risk of the DPC's Failure to Uphold EU Data Rights Submission to the Joint Oireachtas Committee on Justice*, Irish Council of Civil Liberties, 2021, p. 3. Disponible en: <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/03/ICCL-submission-on-the-GDPR-to-the-Joint-Oireachtas-Committee-on-Justice-26-March-2021.pdf>

<sup>108</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek de 13 de enero de 2021, Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA c. Gegevensbeschermingsautoriteit, as. C-645/19 ECLI:EU:C:2021:5, párrafo 114.

<sup>109</sup> V. MANANCOURT, « EU privacy law's chief architect calls for its overhaul », *Politico.eu* 25/05/2021. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/eu-privacy-laws-chief-architect-calls-for-its-overhaul/>

ción o ejecución, a pesar de una solicitud en ese sentido de la Comisión. Es necesario que la aplicación de la futura norma no se pueda ver bloqueada como ha pasado con el RGPD y la autoridad irlandesa.

**70.** No obstante, algunos países como Francia preferirían que las autoridades de cada Estado pudieran sancionar a los intermediarios y están intentando modificar la propuesta en ese sentido, si bien desde la Comisión se considera que es mejor que las compañías tengan que lidiar con una sola autoridad en lugar de 27, porque lo contrario socavaría el mercado interior.<sup>110</sup>

**71.** Francia no quiere ser completamente dependiente de la capacidad de respuesta o de la voluntad de actuar rápidamente del regulador del país de origen. Si bien no quiere terminar con el principio de país de origen, sí que quiere matizarlo, por ejemplo, permitiendo a los reguladores locales imponer medidas provisionales en caso de emergencia, o exigiendo a los reguladores principales que compartan datos con otras autoridades, con la posibilidad de reasignar los casos “de mutuo acuerdo”. Así una autoridad nacional, como la francesa, por ejemplo, preguntaría a su homóloga irlandesa si planea investigar una presunta infracción en Francia por parte de una gran plataforma como Google, Facebook o Twitter, y podría iniciar una investigación si no respondiera en tres semanas. Si la autoridad irlandesa decidiera abrir una investigación, tendría que permitir el acceso a toda la información del proceso e involucrar a la autoridad francesa en la decisión final. Francia también podría plantear una “objeción razonada” si no le gustara la decisión inicial de Irlanda y la Junta Europea de Servicios Digitales debería resolver los desacuerdos entre las autoridades nacionales si se cree que no se tomaron medidas o que el resultado de una investigación no fuera satisfactorio.<sup>111</sup>

**72.** En la propuesta de DMA, no se propone la creación de autoridades independientes de supervisión porque, al igual que ocurre con el Derecho de la competencia al que este Reglamento complementa, cuando un problema afecta al mercado interior en su conjunto no sólo a un Estado, como será el caso por definición de los guardianes de acceso, es la Comisión la que lleva a cabo la investigación y toma las medidas pertinentes.

**73.** Según el art. 59 de la AIA, cada Estado miembro establecerá o designará autoridades nacionales competentes con el fin de garantizar la aplicación y ejecución del Reglamento. Las autoridades nacionales competentes se organizarán de manera que se preserve “la objetividad e imparcialidad de sus actividades y funciones”. Cada Estado miembro designará una autoridad nacional de supervisión entre las autoridades nacionales competentes.<sup>112</sup> La autoridad nacional de supervisión actuará como autoridad notificante y como autoridad de vigilancia del mercado, salvo que un Estado miembro tenga razones organizativas o administrativas para designar más de una autoridad.

**74.** El art. 56 de la propuesta establece un Comité Europeo de Inteligencia Artificial (CEIA) integrado por representantes de los Estados miembros y la Comisión. De nuevo será presidido por la Comisión, como en la propuesta de DSA, a diferencia del CEPD. El Comité facilitará la aplicación sencilla, efectiva y armonizada de este Reglamento contribuyendo a la cooperación efectiva de las autoridades nacionales de supervisión y la Comisión, así como proporcionando asesoramiento y conocimientos especializados a esta última. Además, compilará y compartirá las mejores prácticas entre los Estados miembros.

<sup>110</sup> J. ESPINOZA y L. ABBOD, “France pushes for big changes to proposed EU tech regulation”, *Financial Times*, 15/2/2021. Disponible en: <https://www.ft.com/content/5e41d0cf-a83c-4817-997e-a353858137ab>

<sup>111</sup> L. KAYALI, “France’s plan to rein in Big Tech (and Ireland and Luxembourg)”, *Politico.eu*, 27/05/2021. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/france-ireland-luxembourg-big-tech-regulation-apple-amazon-facebook-google-digital-services-act-digital-markets/>

<sup>112</sup> Incluso entre los propios Estados miembros existen muchas dudas sobre cuáles serán estas autoridades y es un tema que puede conllevar bastante discusión. Véase intervención de M. VALLE DEL OLMO, Coordinador de Área Subdirección General de Inteligencia Artificial y Tecnologías Habilitadoras Digitales de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial en la “Jornada el Nuevo Reglamento de inteligencia artificial de la UE” organizada por OdiseIA, FIAL y SEDIA (24/4/21). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=xil56RRg3Gc>

75. Según ACCESS NOW, el mecanismo de ejecución propuesto carece de claridad. En su opinión, la creación de un nuevo comité y el nombramiento de autoridades de supervisión con responsabilidades y competencias que pueden solaparse con las del CEPD y las APD existentes podría causar confusión y, en el peor de los casos, socavar la autoridad del CEPD y las APD en asuntos que son fundamentales para sus competencias.<sup>113</sup>

**Tabla 1.** Impacto del RGPD en las propuestas normativas de regulación digital de la Comisión Europea

	RGPD	e-Priv.	EPOC	TERREG	DSA	DMA	IAI
Aplicación extraterritorial	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Necesidad de representante en la UE	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	SÍ
Multas de % como máximo del volumen de negocio anual global del ejercicio anterior	4%	4%	NO	4%	6%	10%	6%
Autoridad independiente de control	APD	APD	NO	NO	Coord. Serv. Dig.	Comi.	¿?
Creación de comité europeo de coordinación	CEPD	CEPD	NO	NO	JESD	NO	CEIA

Fuente: elaboración propia.

### III. Conclusiones

76. El RGPD ha tenido un fuerte impacto en el ámbito de la protección de datos tanto fuera como dentro de las fronteras de la UE. Pero también ha servido como inspiración para el resto de iniciativas regulatorias importantes de la Comisión Europea en el marco del Mercado Único Digital, sobre todo en lo relativo a la regulación de los intermediarios de Internet. Desde que la Comisión presentó la propuesta de RGPD hasta que se adoptó pasaron 4 años de duras negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE,<sup>114</sup> que sufrieron un intenso lobby. Así el resultado fue un compromiso muy trabajado.

77. Por eso no es de extrañar que una legislación que ha servido como modelo para las leyes de protección de datos haya sido también seguida por la Comisión Europea en otras propuestas normativas relevantes que siguen el impulso de constitucionalismo digital inaugurado por el RGPD.

78. Esta influencia puede verse claramente en las propuestas de Reglamento e-privacy, el Reglamento EPOC, el Reglamento TERREG, la DGA, la DSA, la DMA y la AIA, aunque en unos casos con mayor intensidad que en otros. En particular, en este artículo se han estudiado la mimesis en los mecanismos que buscan asegurar mejor el cumplimiento de estas normas, especialmente teniendo en cuenta que en muchas ocasiones sus destinatarios se encontrarán situados fuera del territorio de la UE. Así se ha podido ver la replicación del modelo del RGPD en lo referente a: su naturaleza de reglamento, la aplicación extraterritorial, la obligación de que algunas empresas localizadas fuera de la UE nombren a un representante dentro de la misma, la necesidad de autoridades independientes de control en cada Estado para vigilar su aplicación que se agrupan en un comité europeo y la posibilidad de imponer multas elevadas por su incumplimiento.

79. Algunos de estos elementos que resultaron controvertidos en el RGPD se han convertido en la norma por la ventaja que suponen a la hora de proteger a los europeos, como puede ser la aplicación extraterritorial o la necesidad de designar a un representante. En ese sentido, este último ejemplo al final una vez que se nombra un representante para cumplir con una de estas normas la carga ya no es tan alta respecto a las demás porque el representante podría ser el mismo para todas ellas.

<sup>113</sup> ACCESS NOW, “EU takes minimal steps to regulate harmful AI systems, must go further to protect fundamental rights”, 21/04/2021. Disponible en: <https://www.accessnow.org/eu-minimal-steps-to-regulate-harmful-ai-systems/>

<sup>114</sup> Hasta tal punto que las negociaciones fueron objeto de la película *Democracy: Im Rausch der Daten* de David Bernet.

**80.** Es necesario aprender de los problemas que la experiencia ha revelado respecto a la aplicación del RGPD, como es que es imperativo dotar de recursos suficientes a las autoridades encargadas de vigilar del cumplimiento de las normas, si se quiere asegurar su efectividad. Los retos que ha planteado el *one-stop-shop* del RGPD deberían conllevar la búsqueda de mecanismos para aminorarlos en propuestas como la de la DSA, en ese sentido las propuestas de Francia resultan interesantes y no fragmentan el principio de mercado único.

**81.** Por otra parte, es obvia una inflación en la creación de comités europeos de concertación que siguen la estela del CEPD, como son la Junta Europea de Servicios Digitales, el Comité Europeo de Inteligencia Artificial y el Comité Europeo de Innovación en materia de Datos. Habrá que asegurar una correcta coordinación entre los mismos y que sus competencias no se solapen, y la Comisión Europea debería plantearse si es necesario crear tantos comités a nivel europeo.

**82.** También se puede ver como la tendencia a crear la posibilidad de cuantiosas sanciones ligadas a un porcentaje del volumen de negocio total anual global de las empresas ha continuado e incluso pasado de un máximo del 4% al 6% o incluso 10%. Esto es por la naturaleza disuasoria de las mismas, pero se ha visto que en la práctica no suelen imponerse multas tan elevadas.

**83.** Es muy importante que las nuevas propuestas de la Comisión incorporen las lecciones aprendidas en los tres años desde que empezó a aplicarse el RGPD, para aprovechar aquellos mecanismos que sean útiles y mejorar aquellos que hayan presentado problemas. La UE está buscando a través de su regulación de las cuestiones digitales influir no sólo dentro de sus fronteras sino también fuera como un emprendedor normativo. Por lo que debe aplicar correctamente estos mecanismos y aprender de sus propios errores para seguir creando estándares globales en lo relativo a los intermediarios de Internet y el sector digital.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LIBERTADES  
EUROPEAS QUE AFECTAN AL DERECHO DE FAMILIA  
Y LAS RELACIONES ENTRE EL ORDEN PÚBLICO DE LA UE  
Y EL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

THE SCOPE OF APPLICATION OF THE EUROPEAN FREEDOMS  
RELATED WITH FAMILY LAW AND THE RELATIONS  
BETWEEN PUBLIC ORDER OF THE EUROPEAN UNION AND  
THAT OF THE MEMBER STATES

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID:0000-0003-0119-3249

Recibido: 10.07.2021 / Aceptado: 27.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6257>

**Resumen:** De la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia en aplicación de las libertades europeas en casos transnacionales que afectan al Derecho de Familia se extraen una serie de derechos fundamentales que, teniendo su reflejo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, configurarían lo que ha venido a denominarse el orden público de la Unión Europea. Los Estados miembros también disponen de su propio orden público que formando parte de la identidad nacional (art. 4.2 TUE) constituiría un límite a las libertades europeas. De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce un método para establecer su ámbito de aplicación y las relaciones entre uno y otro.

**Palabras clave:** orden público, libertades de circulación y de residencia, Carta de Derechos Fundamentales, derechos Fundamentales de la Unión.

**Abstract:** From the jurisprudence issued by the Court of Justice in application of the European freedoms in cross border cases that affect Family Law, a series of fundamental rights are extrapolated that, having their reflection in the Charter of Fundamental Rights of the Union, would configure what has come to be called the public order of the European Union. Member States also have their own public order which, forming part of the national identity (art. 4.2 TEU), would constitute a limit to European freedoms. From the jurisprudence of the Court of Justice a method is deduced to establish the scope of application and the relations between one and the other.

**Keywords:** public order, movement and residence freedoms, Fundamental Rights Charter, European Union Fundamental Rights.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ámbito de aplicación del “orden público europeo”. 1) La conexión del supuesto con las libertades europeas y el derecho derivado. 2) Contenido y distinción de ambas libertades. A) Derecho de residencia. B) Derecho de circulación. 3) Beneficiarios. A) Nacionales de los Estados miembros. B) Nacionales de terceros Estados. C) Situaciones reguladas por la Directiva 2004/38. 4) Situaciones puramente internas. A) La doble nacionalidad. B) Ejercicio de las libertades europeas sin traslado. III. Límites a las libertades europeas que afectan al orden

público en Derecho de familia. 1) Coexistencia de principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos europeo y nacional. 2) Test de legitimidad del objetivo perseguible por el Estado miembro. 3) Del objetivo legítimo a la identidad nacional. 4) Necesidad y adecuación. 5) Proporcionalidad y objetividad de la medida. IV. El orden público como límite a las libertades del mercado interior en la Directiva 2004/38.

## I. Introducción

1. El establecimiento de derechos fundamentales a nivel europeo a través de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en 2010 no deroga los principios propios de los Estados miembros que configuran la identidad nacional<sup>1</sup>. De modo que cada Estado miembro mantiene su propio orden público internacional, orden público que puede variar en el espacio y en el tiempo y cuya realidad es reconocida en el Derecho de la Unión<sup>2</sup>.

Sin embargo, el Derecho de la UE, y por lo que nos interesa aquí, las libertades europeas que afectan al Derecho de Familia, se han configurado como un límite no sólo a la aplicación del derecho de los Estados miembros sino incluso a su orden público en los casos transnacionales<sup>3</sup>.

Las libertades europeas objeto de estudio en este trabajo constituyen el mercado interior, considerado *como un espacio sin fronteras interiores en el que la libertad de circulación está garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado* (considerando 2 Directiva 2004/38)<sup>4</sup>.

2. La solución del Tribunal de Justicia en el caso *Coman* cuando indica que el Derecho de la Unión obliga a un Estado miembro a considerar cónyuge a una persona que ha contraído matrimonio legal en otro Estado miembro recuerda al principio del mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas<sup>5</sup>. El Tribunal de Justicia ha aplicado este principio en relación a situaciones relativas a la persona y a la familia creadas en un Estado miembro cuando está en juego el ejercicio de una libertad europea.

3. Este principio de mutuo reconocimiento que se estableció por el TJUE años antes para garantizar las libertades económicas que configuran el Mercado Interior supuso una relación compleja de una materia cuya competencia es compartida por la Unión y los Estados miembros (art. 4.2, letra a TUE).

El principio del reconocimiento mutuo se aplicó por primera vez en el año 74 en la interpretación del actual artículo 34 TFUE relativo a la libre circulación de mercancías en el famoso caso *Cassis de Dijon*<sup>6</sup>. En dicha sentencia el Tribunal consideró que debía reconocerse que la mercancía producida conforme a la legislación de un Estado miembro debía poder ser comercializada en otro Estado miembro. Esto tuvo como consecuencia la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, no sólo de las legislaciones de fabricación de los productos sino el reconocimiento de las certificaciones<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

<sup>2</sup> Sobre la noción de orden público en Derecho Internacional Privado, véase A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y OTROS, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Vol. 1, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2020, pp. 754-797.

<sup>3</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, EU:C:2018:134.

<sup>4</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) no1612/68 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=ES>

<sup>5</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 51, EU:C:2018:134. Para un análisis de las implicaciones de esta sentencia, véase M. GRASSI, "Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Comen" *RDIPP*, 2017, pp. 739-776, conocr. p. 755.

<sup>6</sup> STJCE de 20 de febrero 1979, *Cassis de Dijon*, asunto 120/78, apdo. 8, EU:C:1979:42.

<sup>7</sup> STJ 14 julio 1988, *Samnor*, asunto 298/87, 1988, EU:C:1988:415; STJ de 14 julio 1988, *Drei Glocken v. USL Centro-Sud*, 1988, asunto 407/85, EU:C:1988:401 y STJ de 6 octubre 2011, *Philippe Bonnarde v. Agence de Services et de Paiement*, C-443/10, EU:C:2011:641. P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020.

4. Las libertades europeas que configuran el mercado interior económico están en vigor desde el año 1958, sin embargo, la libertad de residencia y de circulación de personas que no realizaban actividades económicas son derechos incluidos en el ordenamiento jurídico europeo por el Tratado de Maastricht derivados de la ciudadanía de la Unión (arts. 18-25 TFUE).

5. La relación entre el que podríamos llamar “orden público europeo” y el “orden público estatal” se ha planteado en materia de persona y familia con motivo de la aplicación de la libertad de circulación y de residencia previstos en los artículos 20 y 21 TFUE.

6. En el propio Tratado de Funcionamiento se prevé que los Estados miembros pueden oponer a la aplicación de las cuatro libertades que constituyen el mercado interior *intereses estatales contemplados en el Tratado*<sup>8</sup>. De la aplicación de las libertades que constituyen el mercado interior y de los límites previstos, tanto en el Tratado de Funcionamiento como jurisprudencialmente –*motivos de interés general*– se deduce un procedimiento, de interpretación y de aplicación de las libertades y de los límites que se se aplica igualmente para la aplicación de las libertades fundamentales de circulación y residencia previstas en los artículos 20 y 21 TFUE.

7. La jurisprudencia dictada en interpretación de los derechos de residencia y de circulación de los ciudadanos de la Unión y del derecho derivado, por un lado, y de los límites a dichas libertades, por otro, muestra el procedimiento para delimitar el ámbito de aplicación de estos derechos fundamentales de la Unión y el ámbito reservado al “orden público de los Estados miembros”<sup>9</sup>.

8. En este trabajo se describirá el método que utiliza el Tribunal de Justicia para la aplicación de los derechos fundamentales derivados de la ciudadanía de la Unión y los límites estatales admitidos por el Derecho de la Unión en Derecho de la Persona y de la Familia<sup>10</sup>. En primer lugar, se delimitará las situaciones transnacionales que determinan la aplicación de los derechos de circulación y residencia del Tratado de Funcionamiento, es decir, la situación jurídica debe implicar la aplicación de una libertad europea (II). En segundo lugar, se plantearán los términos en los que un Estado miembro puede adoptar medidas restrictivas que, justificadas por razones de interés general, o por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, pueden limitar la aplicación de los derechos fundamentales de la Unión. En este apartado se tratará la evolución reciente desde el concepto de objetivo legítimo a la identidad nacional - el artículo. 4.2 TUE- (fundamentalmente en el caso *Coman* y en el caso *V.M.A.*). En la aplicación de estas reglas tiene cabida y se presenta la colisión entre el “orden público de la UE” y el “orden público de los Estados miembros” dado que la restricción a la libertad europea sólo puede justificarse para perseguir un objetivo legítimo desde el punto de vista del orden público de la UE.

## II. Ámbito de aplicación del “orden público europeo”

### 1) La conexión del supuesto con las libertades europeas y el derecho derivado

9. La manifestación de los principios fundamentales que configurarían el llamado “orden público europeo” se produce en situaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, es decir debe tratarse de situaciones en las que se vea implicado el ejercicio de

<sup>8</sup> N. STOFFEL VALLOTON, *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 72.

<sup>9</sup> Para una visión completa y actualizada de las libertades del Mercado interior véase, CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020.

<sup>10</sup> La cuestión del orden público europeo en relación a otros derechos fundamentales afecta también a otras situaciones privadas internacionales que ya han sido objeto de estudio. Véase, R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, pp. 593-617.

las libertades del mercado interior garantizadas por el TFUE, en particular las relativas al ejercicio de las libertades de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros tal y como se haya reconocida en los artículos 20.2, letra a) y 21 TFUE<sup>11</sup>.

Estas normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas -la Directiva 2004/38, fundamentalmente- no pueden aplicarse a *situaciones que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro*<sup>12</sup>. De modo que, en estos últimos casos, el Derecho europeo no rige la situación y tampoco son aplicables los derechos reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales (art. 51.1 CEDF).

**10.** El Tribunal de Justicia ha afirmado que la ciudadanía de la Unión se convierte en el estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a quienes se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado de Funcionamiento, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico. Dentro de las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión están las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales, en particular las relativas a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros<sup>13</sup>.

Esta libre circulación de personas ha sido reafirmada por el art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CEDF)<sup>14</sup>. Esta norma indica que:

*1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.*

*2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.*

**11.** Esta vinculación de las situaciones privadas con el Derecho de la Unión se refleja muy bien en el caso *Coman*, en el que se discute el concepto de cónyuge en el Derecho de Rumanía ante la denegación del permiso de residencia al Sr. Hamilton, nacional estadounidense con el que el Sr. Coman contrajo matrimonio homosexual en Bélgica -durante un periodo de residencia en ese país-. Si el Sr. Coman -nacional rumano- no hubiera contraído matrimonio con un nacional de un tercer Estado, mientras residía en otro Estado de la Unión, sino en un tercer Estado, los USA por ejemplo, al no haber ejercido el señor Coman la libertad de circulación derivada del art. 21 TFUE -constituyó una relación familiar allí-, el orden público rumano no se hubiera visto "limitado" por la normativa europea y por el "orden público de la UE". Los principios fundamentales de la Unión Europea no se hubieran aplicado al caso y Rumanía no habría visto limitado su concepto de familia y de cónyuge por aplicación de la Directiva 2004/38. Rumanía hubiera aplicado su Derecho de extranjería ya que la situación no afectaría a las libertades de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión. Por tanto, la aplicación de estas libertades europeas que afectan al Derecho de Familia constituye el fundamento y los límites de la aplicación de los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Es por ello una premisa determinar el régimen y el ámbito de aplicación de los derechos de residencia y circulación del TFUE.

**12.** Estas libertades de residencia y de circulación de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares confieren a todo ciudadano de la Unión un *derecho primario e individual a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. La Directiva 2004/38 sobre el derecho de los ciuda-

<sup>11</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdos. 70-74, EU:2011:734.

<sup>12</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 60, EU:2011:734 y STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdo.48, EU:C:2011:277.

<sup>13</sup> STJUE de 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdos. 23 y 24. EU:C:2003:539 y STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdo.27, EU:C:2011:277.

<sup>14</sup> STJUE de 7 octubre 2010, C-162/09, *Lassal*, apdo. 29. EU:C:2010:592.

danos de la Unión y de sus familiares a circular y residir en la UE trata de facilitar el ejercicio de ambas libertades<sup>15</sup>.

**13.** El texto literal del artículo 21 del TFUE (antiguo artículo 18 TCE) indica que: “1. *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.*”

Por su parte, el art. 20.2, letra a TFUE indica que: “2. *Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;*”.

Estas libertades constituyen un derecho directo, autónomo y efectivo de residir en territorio de la Unión Europea y de circular de un Estado miembro a otro<sup>16</sup>. Existe jurisprudencia reiterada afirmando el efecto directo de estas normas<sup>17</sup>.

La aplicación de estas libertades a todos los ciudadanos de la Unión, con indiferencia de su situación laboral tiene consecuencias muy relevantes sobre el régimen de los Estados miembros en materia de Derecho de extranjería<sup>18</sup>, sobre las normas de derecho al nombre y los apellidos de las personas físicas<sup>19</sup>, sobre el régimen de los permisos de trabajo y prestaciones sociales<sup>20</sup> y, sobre los principios fundamentales del Derecho de Familia o el *orden público* de los Estados miembros<sup>21</sup>.

**14.** El artículo 20.2 TFUE, en su segundo párrafo indica que los derechos de residencia y de circulación se ejercerán en las condiciones previstas en las normas de desarrollo de los mencionados preceptos del Tratado. La norma fundamental de desarrollo es la referida Directiva 2004/38 que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 240/2007<sup>22</sup>.

Esta normativa consolida la legislación previa relativa a la libertad de movimientos de las personas en un único texto normativo<sup>23</sup>. Asimismo, crea un régimen legal único de la libertad de residencia y

<sup>15</sup> Considerando cuarto de la 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=ES>

<sup>16</sup> P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 896.

<sup>17</sup> STJCE 17 septiembre 2002, C-413/99, *Baumbast*, 2002, EU:C:2001:385.

y fue confirmada por la STJUE 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, EU:C:2004:639.

<sup>18</sup> STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdo. EU:C:2011:277; STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, EU:2011:734 y STJUE de 13 julio 2017, C-193/16, *E y Subdelegación del Gobierno de Álava*, EU:C2017:542.

<sup>19</sup> STJUE 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, EU:C:2003:539.

STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806, STJUE de 12 mayo 2011, *Runevic-Vardyn y Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, EU:C:2016:401

<sup>20</sup> STJUE de 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, EU:C:2011:124. M. DEL ROSARIO CARMONA LUQUE, “TJUE – sentencia de 08.03.2011 (gran sala), Ruiz zambrano/office national de l’emploi, «ciudadanía de la unión – artículo 20 tfue – derecho de residencia de un menor en el estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación - concesión de un derecho de residencia derivado al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor» el disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la unión, *Revista de derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 185-202; K. LENAERTS/J.A. GUTIÉRREZ FONS, “Ruiz Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación”, *REDE*, 40, 2011, pp. 493-532; P. ABARCA JUNCO/M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)” *REEI*, núm. 23, 2012 y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuando los apellidos traspasan la frontera. Reflejos de la desigualdad en el nombre de la persona en el asunto “Losonci-Rose c. Suiza” y en la jurisprudencia del TJUE”, *RGDE. Iustel.*, núm. 28, 2012, pp. 1-28.

<sup>21</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806; STJUE de 12 mayo 2011, *Runevic-Vardyn y Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291 y STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, EU:C:2016:401; STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, EU:C:2018:134 y Conclusiones AG J. Kokott de 15 abril 2021, C-490/20, *V.M.A.*, EU:C:2021:296.

<sup>22</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm. 51, de 28 febrero 2007.

<sup>23</sup> Las libertades de entrada y residencia de nacionales de terceros Estados puede estar regulada también por la Directiva

de circulación de todos los ciudadanos de la UE que se aplica con independencia de la situación laboral o sean estudiantes, incluso si las personas ejercen el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios<sup>24</sup>. Por tanto, constituye el estatuto fundamental o básico de las libertades de los nacionales de los Estados miembros.

## 2) Contenido y distinción de ambas libertades

**15.** En principio, las libertades mencionadas se aplican a las situaciones vinculadas con el Derecho de la Unión porque implican a nacionales de un Estado miembro que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro<sup>25</sup>. Con carácter general, dadas las dos circunstancias mencionadas -la nacionalidad de un Estado miembro y la residencia legal en otro distinto- son de aplicación los artículos 20 y 21 TFUE.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha indicado que las libertades de circulación y residencia no siempre se ejercen de manera conjunta, así, en los casos *García-Avelló* y *Ruiz Zambrano*, ha interpretado el artículo 20 TFUE en el sentido de que el Derecho de residencia se aplica a un menor en el territorio del Estado miembro del que es nacional con independencia de que éste haya ejercido previamente su derecho a la libre circulación<sup>26</sup>. Esta interpretación fue confirmada en el caso *Zhu Chen* en el que se establece que no es necesario haberse desplazado de un Estado miembro a otro para que un nacional de un Estado miembro pueda beneficiarse de las libertades de circulación y residencia<sup>27</sup>.

El TJUE ha afirmado, en varias ocasiones, que la situación de un sujeto que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro que ha nacido en otro Estado de la Unión (Estado de acogida) y que no ha ejercitado el derecho a la libre circulación no puede considerarse, sólo por esa razón, una situación puramente interna, que impide al citado nacional alegar en el Estado miembro de acogida las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación y de residencia de las personas<sup>28</sup>.

**16.** En una línea jurisprudencial posterior, iniciada con el caso *Chávez-Vílchez*, el Tribunal diferencia, de manera más precisa, la aplicación del 21 TFUE y del 20 TFUE al presentarse en el mismo situaciones jurídicas distintas. En el caso se distingue, por un lado, la situación de la hija de la Sra. Chávez-Vílchez, de nacionalidad neerlandesa, que vivió en Alemania con sus progenitores antes de volver a los Países Bajos y allí solicitar -la madre venezolana- una prestación familiar de, por otro lado, la situación de los hijos menores de otras demandantes que no ejercieron nunca su derecho a la libre circulación, con anterioridad ni durante el periodo de solicitud de la asistencia social, y residen desde su nacimiento en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen. El Tribunal considera que debe aplicarse el artículo 21 TFUE a la hija de la Sra. Chávez-Vílchez y el artículo 20 TFUE a los hijos del resto de demandantes<sup>29</sup>.

En ese mismo asunto el Tribunal establece cual debe ser la relación entre las dos libertades, al aplicar, en primer lugar, el art. 21 TFUE y, si no se cumplen los requisitos de residencia del ciudadano de

---

2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251). Esta norma fija las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados que residen legalmente en la UE. No obstante, esta materia no va a ser objeto de análisis en este trabajo.

<sup>24</sup> La cuestión del orden público de los Estados miembros puede también plantearse en aplicación de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251). P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 894 y ss.

<sup>25</sup> STJUE de 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, apdo. 27, EU:C:2003:539.

<sup>26</sup> STJUE de 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, EU:C:2011:124.

<sup>27</sup> STJUE de 19 octubre 2004, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, C-200/02, *Rec.* 2004, p. 9962, apdo. 18. El Tribunal confirma así lo establecido en la sentencia de 2 octubre de 2003, C-148/02, *García Avelló*, apdos. 13 y 27, EU:C:2003:539.

<sup>28</sup> STJUE de 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, apdo 27 EU:C:2003:539; STJUE de 14 octubre 2008, C353/06, *Grunkin- Paul*, EU:C:2008:559 y STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, apdo. 19, EU:C:2004:639.

<sup>29</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vílchez*, apdo. 49, EU:C:2017:354.

la Unión en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, *deberá examinarse la situación del menor, ciudadano de la Unión, y de su ascendiente, nacional de un tercer país, a la luz del artículo 20 TFUE*<sup>30</sup>.

Por tanto, se concluye de esta jurisprudencia que se puede ejercer la libertad de residencia con independencia de la libertad de circulación, cada una de ellas tiene su ámbito de aplicación y su contenido y éstos no coinciden<sup>31</sup>.

## A) Derecho de residencia

17. Por lo que respecta al Derecho de residencia, el artículo 20 TFUE otorga a quien ostenta la nacionalidad de un Estado miembro y, en su caso, a sus familiares de terceros Estados de quien dependen económicamente a residir en el territorio de la Unión<sup>32</sup>. Por ello, el Tribunal en el caso *Ruiz Zambrano* afirmó que esta disposición se opone a las medidas de los Estados miembro que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión de este contenido esencial de estos derechos<sup>33</sup>.

18. El Tribunal de Justicia en *Dereci*, interpretando el art. 20 TFUE, indicó que el contenido esencial de los derechos conferidos por esta norma se refiere al derecho de residir en la Unión Europea en su conjunto, no en el territorio de un Estado miembro concreto, aunque éste sea el de la nacionalidad que ostenta<sup>34</sup>. Así se desprende claramente de sus afirmaciones: *el criterio relativo a la privación del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión guarda relación con situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto*.

En el caso *Chávez-Vilchez* el Tribunal confirmó que el derecho de residencia otorga el derecho a no abandonar el territorio de la UE y no de un Estado miembro.

19. Este derecho de residencia no es incondicionado en todos los casos, el art. 20.2 TFUE otorga a una persona nacional de un Estado miembro el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de otro Estado, el Estado de acogida, siempre que no se convierta en una carga para el erario público de este último -como se verá al analizar la Directiva 2004/38-<sup>35</sup>.

La esencia de este derecho de residencia se aprecia en toda su virtualidad en el caso *Zhu Chen*, en que concurren unas circunstancias que llevan al límite el ejercicio de este derecho. Un niño nace en una parte del territorio de un Estado miembro – en Irlanda del Norte que forma parte del Reino Unido- y adquiere, legalmente conforme a las disposiciones de dicho Estado y las irlandesas, la nacionalidad de otro Estado miembro -la irlandesa-, de tal manera que, sin salir del territorio del país de acogida, la situación -nacional de un Estado miembro que solicita el permiso de residencia en otro Estado, del que nunca ha salido y cuya nacionalidad no ostenta- presenta un punto de conexión con las situaciones contempladas en el Derecho de residencia y el artículo 20 es directamente aplicable<sup>36</sup>. No importa que no haya ejercido el Derecho a la libre circulación porque no se había trasladado de un Estado miembro a otro, pero no se trataba de una situación puramente interna dado que el menor ostentaba la nacionali-

<sup>30</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 57, EU:C:2017:354.

<sup>31</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, EU:2011:734

<sup>32</sup> STJUE de 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, apdos. 40-43 y STJUE de 2 marzo 2010, C135/08, *Rottmann*, apdo. 39, EU:C:2010:104.

<sup>33</sup> STJUE de 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, apdo. 42 y STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 64.

<sup>34</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 66, EU:2011:734.

<sup>35</sup> La madre, nacional de un tercer Estado, se traslada a Irlanda del Norte con el fin de que el menor, al nacer, adquiera la nacionalidad irlandesa. Y ello, aunque se reconozca que la adquisición de la nacionalidad se ha obtenido mediante STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, EU:C:2004:639.

<sup>36</sup> Destaca como el apartado primero del artículo 20 TFUE tiene efecto directo al otorgar el derecho de residencia a los ciudadanos de la UE que no encajen en ninguna categoría previa existente (trabajadores, estudiantes, o ejercientes de la libre prestación de servicios o del Derecho de establecimiento). P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 899.

dad de otro Estado, distinto al Estado en el que se solicita la residencia<sup>37</sup>. Si las autoridades británicas deniegan el permiso de residencia a la madre -de nacionalidad china-, el recién nacido, ciudadano de la Unión, tendría que abandonar la Unión y, por tanto, se obstaculizaría su derecho a residir en el territorio de la Unión Europea.

## B) Derecho de circulación

20. Pese a la literalidad del precepto, el artículo 21 TFUE regula un derecho distinto al de residencia. Establece esta disposición el derecho de circulación que implica el derecho a trasladarse desde un Estado miembro hacia otro Estado de la Unión. Por ello son contrarias a esta libertad las medidas de los Estados miembros que disuadan a un ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia en otro Estado miembro, también por la incertidumbre de si podrá volver a su Estado de origen<sup>38</sup>.

Por tanto, esta libertad otorga el derecho a desplazarse y a residir de manera efectiva en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional y de volver al Estado origen.

Se deduce, de todo ello que este derecho se puede invocar frente al Estado miembro de acogida o frente al Estado miembro de origen.

21. Este derecho no debe asimilarse, por el contrario, a las situaciones en las que un sujeto ostenta la doble nacionalidad o reside en un Estado distinto al de su nacionalidad. El mero hecho de que un ciudadano europeo ostente una nacionalidad distinta al Estado donde reside -como se ha señalado en el caso *Zhu Chen* o tenga doble nacionalidad no implica que esté ejerciendo la libre circulación de personas<sup>39</sup>. El Tribunal en el caso *McCarthy* entendió que la Sra. McCarthy, doble nacional británica e irlandesa goza del estatuto de ciudadana de la Unión (art. 20 TFUE) y, por ello derecho a alegar, frente a su propio Estado el derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros (art. 21 TFUE). No obstante, su derecho a residir de manera incondicionada en el Reino Unido deriva del Derecho internacional por poseer dicha nacionalidad y no del Derecho europeo<sup>40</sup>. El hecho de que el Reino Unido no considere su doble nacionalidad a la hora permitir su residencia en Reino Unido no afecta al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por tanto, la medida del Reino Unido -que le deniega el permiso de residencia a su marido, nacional jamaicano- no tiene como efecto privarla del disfrute efectivo de las libertades ya que su situación no está regida por el artículo 21 TFUE<sup>41</sup>. Se trataba, por tanto, de una situación puramente interna.

Por consiguiente, la doble nacionalidad no implica, por sí sola, el ejercicio de la libre circulación de personas. Ni siquiera cuando un sujeto ostenta la nacionalidad de dos Estados miembros puede colegirse que esta circunstancia implique, por sí sola, que se haya ejercido una libertad europea<sup>42</sup>.

## 3) Beneficiarios

23. Aunque las disposiciones del Tratado reguladoras de las libertades de circulación y residencia nombran únicamente a los nacionales de los Estados miembros, los derechos que de ellas derivan alcanzan también a sus familiares que no ostenten la nacionalidad de un país europeo, es por ello necesario diferenciar el régimen de unos y otros.

<sup>37</sup> STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, EU:C:2004:639.

<sup>38</sup> STJUE de 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, apdo. 36, EU:C:2003:539 y Sentencia de 14 octubre 2008, C353/06, *Grunkin- Paul*, apdo. 25, EU:C:2008:559 y STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 24, EU:C:2018:134.

<sup>39</sup> STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, EU:C:2004:639.

<sup>40</sup> STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdos. 29 y 50, EU:C:2011:277.

<sup>41</sup> *Ibidem*, apdos. 54 y 55.

<sup>42</sup> STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdos. 22 y ss, ECLI:EU:C:2011:277.

## A) Nacionales de los Estados miembros

24. Del texto literal de los artículos 20 y 21 TFUE se deduce, sin lugar a dudas, que los derechos de circulación y residencia se otorgan a los nacionales de los Estados miembros de la Unión. Así ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia tradicionalmente<sup>43</sup>.

25. El derecho a la libre circulación y de residencia se tiene por las personas por el mero hecho de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, sin que sea necesario cumplir requisitos añadidos, como haber alcanzado una edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar, por sí mismo, dichos derechos<sup>44</sup>. De este modo, un recién nacido al que se le atribuye la nacionalidad de un Estado miembro, puede solicitar la residencia en otro Estado miembro por tener ese derecho *efectivo y directo* a la residencia en otro Estado miembro<sup>45</sup>.

26. El Tribunal aplica así a las libertades que afectan al Derecho de Familia el mismo principio que había sido establecido en el año 1992, en un caso de aplicación de las libertades económicas del mercado interior, el caso *Micheletti*<sup>46</sup>.

En la aplicación de estas libertades, hay que tener en cuenta que la Unión Europea no tiene competencia para otorgar la nacionalidad por lo que, al igual que al determinar las personas físicas beneficiarias de las libertades económicas, esta cuestión queda regulada por el Derecho nacional<sup>47</sup>. Por tanto, la atribución de la nacionalidad, también en el ejercicio de estas libertades que afectan al Derecho de Familia, debe realizarse en aplicación de los principios de Derecho Internacional<sup>48</sup>.

Siguiendo la doctrina del caso *Micheletti* el resto de Estados de la Unión deben respetar dicha atribución y no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad, exigiendo requisitos adicionales para poder ejercer las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado<sup>49</sup>. Por tanto, los Estados miembros no pueden añadir requisitos a los ciudadanos de la Unión distintos a la ostentación formal de una nacionalidad de un Estado miembro, no siendo necesario que ésta sea la nacionalidad efectiva<sup>50</sup>.

Esto hace que las normas internas de los Estados sobre la determinación de la solución en los casos de múltiple nacionalidad no sean aplicables a los dobles nacionales en este ámbito. En España no serán de aplicación los artículos 9.9 CC<sup>51</sup>.

27. La naturaleza de principio fundamental de estos Derechos hace que deban interpretarse en sentido amplio<sup>52</sup>. Por ello, los Estados deben respetar la atribución de la nacionalidad por parte del resto de Estados miembros, sin importar el modo en que se ha adquirido, incluso cuando se haya reconocido que se ha modificado el lugar de nacimiento -para adquirir la nacionalidad de un Estado miembro que dispone de normas sobre adquisición de la nacionalidad basadas en el *ius soli*- con el fin de solicitar, posteriormente, la residencia en otro Estado miembro en aplicación del Derecho de la Unión. Así, el Tribunal de Justicia ha establecido que: *Los Estados miembros están facultados para adoptar medidas destinadas a impedir que los particulares, de forma abusiva, obtengan ventajas de las disposiciones*

<sup>43</sup> STJUE de 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, apdo. 21, EU:C:2003:539; STJUE de 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, apdo. 40-43, EU:C:2011:124 y STJUE de 2 de marzo de 2010, C135/08, *Rottmann*, apdo. 39, EU:C:2010:104.

<sup>44</sup> STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, apdo. 20, EU:C:2004:639 y STJUE 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, apdo.21, EU:C:2003:539.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> STJUE de 7 de julio de 1992, C-369/90, *Micheletti*, apartado 10, EU:C:1992:295.

<sup>47</sup> Sobre los beneficiarios de las libertades de establecimiento y de servicios véase, A L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 118-121.

<sup>48</sup> STIJ de 6 abril 1955, *Nottebohm*, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>49</sup> STJUE de 7 julio 1992, C-369/90, *Micheletti*, apartado 10, EU:C:1992:295. Posteriormente esta regla fue confirmada en diversas ocasiones, véase, STJUE 2 octubre 2003, C-148/02, *García-Avelló*, apdo. 28, EU:C:2003:539 y STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, apdos.34-40, EU:C:2004:639 34-40.

<sup>50</sup> STJUE de 7 julio 1992, C-369/90, *Micheletti*, EU:C:1992:295

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> STJUE 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, apdo. 40, EU:C:2004:639.

*del Derecho comunitario o que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, intenten eludir ilícitamente la aplicación de la legislación nacional*<sup>53</sup>.

**28.** La nacionalidad es requisito *sine qua non* para ser beneficiario de estas libertades, pero no es condición suficiente cuando la situación está sometida a la Directiva 2004/38, porque se pretende la residencia en otro Estado miembro. En estos casos se requiere que el ciudadano europeo no sea una carga para el Estado de acogida. Esta cuestión se analizará en el epígrafe correspondiente a la Directiva 2004/38.

## **B) Nacionales de terceros Estados**

### **a) Naturaleza del derecho**

**29.** El derecho de los nacionales de terceros Estados a entrar y permanecer en el territorio de la Unión es un derecho derivado, basado en los artículos 20 y 21 TFUE, apartado 1, y en la Directiva 2004/38.

El Tribunal de Justicia ha declarado que dicha Directiva no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de terceros países, *sino únicamente a aquellos que son miembros de la familia, en el sentido del artículo 2, punto 2, de la referida Directiva, de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad*<sup>54</sup>.

En otras palabras, el Tribunal de Justicia, en el asunto *Redón Marín*, ha afirmado, que *los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros Estados por las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación y de residencia por parte de un ciudadano de la Unión*<sup>55</sup>.

Esto significa que los derechos de los nacionales de terceros Estados se restringen siempre a la situación en la que su residencia sea necesaria para garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos, por parte de un ciudadano de la Unión, por ejemplo, en el caso de menores (hijos del nacional de un tercer Estado)<sup>56</sup>.

**30.** En *Chávez-Vilchez*, el Tribunal lo dejó todavía más claro al indicar que los artículos 20 y 21 TFUE *no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de un país tercero*. Afirmó también que estos derechos *no son derechos propios de esos nacionales*, sino derechos derivados de los que tiene el ciudadano de la Unión. Y estableció que su objetivo y su justificación está en que si no se reconocen se puede vulnerar las libertades de circulación y de residencia al ciudadano de la Unión<sup>57</sup>.

### **b) Condiciones para su ejercicio**

**31.** La Directiva 2004/38 somete el ejercicio de estos derechos a dos condiciones. Una primera relativa al nacional del tercer Estado que exige tener un vínculo familiar -tiene que ser miembro de la familia- de un ciudadano de la Unión. Y la segunda que afecta al ciudadano de la Unión al requerir que éste haya ejercido la libre circulación o residencia.

**32.** Respecto de la primera condición, la Directiva 2004/38 mantiene un concepto propio de “miembro de familia” ya que en su artículo 2.2 enumera quienes son “miembros de la familia” a los efec-

<sup>53</sup> *Ibidem*, apdo. 31

<sup>54</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 52, EU:C:2017:354, STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 56, EU:2011:734; STJUE de 6 diciembre 2012, C 356/11 y C 357/11, *O. S.*, apdo. 41, EU:C:2012:776, y STJUE de 18 diciembre 2014, C 202/13, *McCarthy*, apdo. 36, EU:C:2014:2450.

<sup>55</sup> STJUE de 13 septiembre 2016, C-165/14, *Redón Marín*, apdo. 36, EU:C:2016:675.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo.62, EU:C:2017:354.

tos de la aplicación de sus disposiciones. Esta disposición enumera los que son miembros de la familia: el cónyuge (letra a); el miembro de la unión registrada en virtud de la legislación de un Estado miembro, condicionado a que en el Estado miembro de acogida se trate a las uniones registradas igual que a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la ley del Estado miembro de acogida (letra b); los descendientes directos menores de 21 años o los que estén a cargo del ciudadano de la Unión, y los de su cónyuge o del miembro de la unión registrada (letra c) y finalmente, los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la unión registrada (letra d).

Respecto del concepto cónyuge, debe entenderse *la persona unida a otra por vínculo de matrimonio*<sup>58</sup>. Este concepto de cónyuge de la Directiva es también un concepto propio ya que la letra a del art. 2.2 de la Directiva no remite al derecho de los Estados miembros, como hacen otras letras de la misma norma<sup>59</sup>. El Tribunal de Justicia ha establecido que este concepto propio es, desde el punto de vista del género, neutro, por lo que el ciudadano de la Unión y el del tercer Estado pueden ser del mismo sexo<sup>60</sup>. Este concepto es únicamente aplicable cuando se trata de conceder el derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado por aplicación de la Directiva mencionada.

**33.** Respecto de la segunda condición, que ya ha sido tratada anteriormente, basta recordar aquí que el Tribunal ha afirmado que los ciudadanos de la Unión que nunca han ejercido su derecho a la libre circulación tienen en todo caso el derecho de residencia, de tal manera que puede ser necesario reconocer la residencia al nacional del tercer Estado cuando lo contrario vulnera el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, por el hecho de que el ciudadano europeo se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto<sup>61</sup>.

**34.** En principio, el Derecho de residencia se posee por los nacionales de los Estados miembros o de los miembros de sus familias que hayan ejercido el derecho a la libertad de movimientos mediante la presencia en un Estado miembro distinto del Estado cuya nacionalidad ostenta<sup>62</sup>. No obstante, en ciertas circunstancias el derecho a residir de un ciudadano europeo en el Estado cuya nacionalidad ostenta puede afectar y estar protegido por las disposiciones de los arts. 20.2 y 21 TFUE<sup>63</sup>.

**35.** Como ya se ha indicado antes, la Directiva 2004/38 no es aplicable a los nacionales de terceros Estados que solicitan un derecho de residencia para reunirse con ciudadanos de la Unión miembros de su familia que nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen<sup>64</sup>.

Sin embargo, estos ciudadanos de la Unión pueden invocar las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión siempre que no se trate de una situación puramente interna, esto es, cuando de la residencia del nacional del tercer Estado depende el efectivo disfrute del derecho de residencia de un ciudadano de la Unión<sup>65</sup>.

Antes se ha indicado que los derechos de los nacionales de terceros Estados se restringen a la situación en la que la residencia a favor de un nacional de un tercer Estado sea necesaria para garantizar el ejercicio efectivo por parte de un ciudadano de la Unión, por ejemplo, en el caso de menores (hijos del nacional de un tercer Estado).

<sup>58</sup> STJUE de 25 julio 2008, C-127/08, *Metock y otros*, apdos. 98 y 99, EU:C:2008:449 y STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 34, EU:C:2018:134.

<sup>59</sup> Por lo tanto, los Estados miembros no pueden alegar su derecho interno para considerar que un matrimonio homosexual no es “cónyuge” de un ciudadano de la Unión. STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, EU:C:2018:134.

<sup>60</sup> *Ibidem*, apdo. 35.

<sup>61</sup> STJUE de 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, apdos. 43 y 44 EU:C:2011:124; STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdos. 66 y 67, EU:2011:734; STJUE de 13 septiembre 2016, C-165/14, *Redón Marín*, apdo. 74, EU:C:2016:675 y STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 63, EU:C:2017:354.

<sup>62</sup> STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, EU:C:2011:277.

<sup>63</sup> STJUE de 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, EU:C:2011:124.

<sup>64</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 58, EU:2011:734

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

**36.** En *Chávez-Vilchez* el Tribunal precisa cuales son las circunstancias relativas a la dependencia entre el menor y el progenitor nacional de un tercer Estado, que deben concurrir, de modo que si se le denegase el derecho de residencia -o un permiso de trabajo- por un Estado miembro, el menor -ciudadano de la UE-, no podría ejercer sus derechos de residencia y circulación.

Esa dependencia puede existir incluso cuando el otro progenitor del menor *sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello*<sup>66</sup>. Esta circunstancia, *es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto en caso de que se produjese esa denegación.*

Todas estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por el juez nacional, pero el Tribunal indica cuales son los factores que deben ser analizados para la toma de decisión, siempre garantizando el interés superior del niño; estos son la edad, el desarrollo físico y emocional del menor, la intensidad de su relación afectiva con ambos progenitores y del riesgo de separarlo del progenitor nacional de un tercer Estado<sup>67</sup>.

En todo caso, esa relación de dependencia debe ser probada por el progenitor solicitante de la residencia ya que éste tendrá que aportar *los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto*<sup>68</sup>.

**37.** Aunque la Directiva 2004/38 no sea aplicable al momento de regreso al Estado de origen del ciudadano de la Unión, el Tribunal de Justicia ha declarado que los requisitos de concesión de un derecho de residencia derivado, en virtud del artículo 21.1 TFUE, a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de este ciudadano de la Unión, “no deberían ser más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38 para la concesión de tal derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que ha ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad”<sup>69</sup>.

### C) Situaciones reguladas por la Directiva 2004/38

**38.** El artículo 3 de la Directiva 2004/38 establece su ámbito de aplicación en el apartado primero, cuando indica que *La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él.*

De modo que no establece un régimen aplicable a todos los supuestos que pueden alcanzar los artículos 20 y 21 TFUE sino sólo una parte de ellos, los casos de nacionales y de los miembros de sus familias que se trasladen a, o residan en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad.

**39.** El Tribunal de Justicia ha declarado que, dado que la Directiva 2004/38 pretende únicamente regular los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos del de su nacionalidad, sus disposiciones no pueden dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional<sup>70</sup>. Sin embargo, si que influye en este último estableciendo un

<sup>66</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 72, EU:C:2017:354.

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

<sup>68</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 78, EU:C:2017:354.

<sup>69</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 54, EU:C:2017:354 y STJUE de 12 marzo 2014, C 456/12, *O. y B.*, apdo. 50, EU:C:2014:135.

<sup>70</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, apdo. 53 y STJUE de 12 marzo 2014, C 457/12, *S. y G.*, apdo. 34, EU:C:2014:136.

techo de exigencias, ya que cómo se acaba de mencionar en el epígrafe anterior el Tribunal los requisitos para la concesión del derecho de residencia, en el caso del regreso al Estado del que se es nacional no pueden ser más estrictos que los establecidos en la Directiva.

**40.** El apartado 2 del art. 20 TFUE remite, el régimen del ejercicio de estos derechos a las condiciones previstas en las normas de desarrollo de los mencionados preceptos del Tratado. Esto es, según lo previsto en la Directiva 2004/38. Esta norma refuerza las libertades para hacer más fácil el ejercicio de estas libertades para los sujetos mencionados estableciendo un régimen común del Derecho de salida (art. 4), de entrada (art. 5) y del de residencia diferenciando este derecho en función del período: hasta seis meses (arts. 6-15) y el permanente (arts. 16-21)<sup>71</sup>.

**41.** Para los objetivos de este trabajo, que se limita al orden público en materia de familia, interesan las condiciones que la Directiva impone para el ejercicio de estas libertades a las personas que no son trabajadores por cuenta ajena o propia en el art. 7.1, letra b. Esta norma exige dos requisitos que deben cumplirse cumulativamente, por un lado, que los beneficiarios dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y, por otro lado, que el ciudadano tenga recursos suficientes para él mismo y para los miembros de su familia con el fin de evitar convertirse en una carga para el sistema de protección social del Estado de acogida<sup>72</sup>.

La suficiencia de los recursos exigibles por parte del Estado de acogida, no puede consistir en una cantidad fija ni superar ciertos límites (art. 8.4 de la Directiva 2004/38).

**42.** Respecto de la primera, el Derecho de la Unión permite que un Estado miembro pueda exigir, para que un nacional -estudiante o persona que no realice una actividad económica- pueda disfrutar del derecho de residencia en el Estado de acogida que disponga para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida (art. 7-1 letra b) Directiva 2004/38)<sup>73</sup>.

Sin embargo, en aplicación del principio de proporcionalidad, el TJUE ha establecido que el Estado miembro de acogida no puede dejar de reconocer este derecho de residencia y de circulación por el mero hecho de que el seguro de enfermedad no cubre los tratamientos de emergencia en dicho Estado<sup>74</sup>.

**43.** Respecto de la segunda, uno de los aspectos más controvertidos que se ha presentado en relación a la intervención del orden público ha sido la condicionalidad del derecho de residencia por más de tres meses a la disposición de medios para subsistir, con el fin de que la residencia en el Estado de acogida no suponga una carga para el erario público (art. 7.1, letra b Directiva 2004/38)<sup>75</sup>.

Pero también aquí las condiciones y los límites a que sometan los Estados el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y de sus familiares deben respetar los límites impuestos por el Derecho de la UE y los principios generales de éste, en particular el principio de proporcionalidad, de modo que el origen de los recursos es irrelevante. El TJUE ha establecido que el beneficiario de la libertad europea *no debe disponer él mismo de tales recursos, por ejemplo, si es un menor, sino que puede valerse a este respecto de los recursos de un miembro de la familia que lo acompañe*<sup>76</sup>.

Las condiciones del art. 7 deben ser cumplidas por quien alegue ese derecho, tanto si se trata de un ciudadano de la Unión (art. 7.1) como si se trata del familiar de éste, nacional de un tercer Estado (art. 7.2).

<sup>71</sup> Estas disposiciones regulan las condiciones que deben cumplirse, los trámites administrativos, el procedimiento y la documentación a presentar.

<sup>72</sup> La letra c regula las normas para los estudiantes.

<sup>73</sup> STJUE de 19 octubre 2004, C-200/02, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, apdo. 27 EU:C:2004:639, en aplicación de la Directiva 90/364 sustituida por la 2004/38.

<sup>74</sup> STJUE de 17 septiembre 2020, C-413/99, *Baumbast*, EU:C:2001:385.

<sup>75</sup> STJUE de 10 mayo 2017, C-133/15, *Chávez-Vilchez*, EU:C:2017:354

<sup>76</sup> *Ibidem* apdo. 29.

44. La Directiva establece finalmente el régimen de los límites a estas libertades por razones de orden público, seguridad y salud públicas, así como las garantías en su aplicación (arts. 27-33). Es en el ámbito de aplicación de los límites nacionales admitidos por el Derecho de la Unión donde se produce el choque entre los principios derechos fundamentales que conformarían el orden público de la Unión y el de los Estados miembros, esta cuestión se tratará en el apartado IV.

#### 4) Situaciones puramente internas.

45. Los derechos fundamentales pertenecientes al Derecho de la Unión no son aplicables a las situaciones meramente internas. Tradicionalmente, el TJUE ha sostenido que las libertades del mercado interior no son aplicables a las situaciones internas<sup>77</sup>. Esta jurisprudencia impedía que, por ejemplo, un trabajador que no hubiera ejercido la libre circulación de trabajadores del art. 45 TFUE pudiera alegar dicha libertad para obtener la residencia de un familiar nacional de un tercer Estado<sup>78</sup>. Este tratamiento de las situaciones puramente internas se aplicó también en relación a la libre circulación del Tratado de la Comunidad Europea y continuó también tras adoptarse las nuevas libertades de residencia y circulación después en el Tratado de Maastricht<sup>79</sup>.

46. Se han planteado problemas de delimitación entre situaciones puramente internas y las sometidas al Derecho de la Unión en las que afectan a sujetos dobles nacionales (A) y en los supuestos en los que hay una ausencia de traslado (B).

#### A) La doble nacionalidad

47. Respecto de la doble nacionalidad, el Tribunal de Justicia ha afirmado que no son puramente internas las situaciones que impliquen a sujetos que ostenten una doble nacionalidad, aunque el niño no hubiera ejercido todavía la libre circulación de personas porque nunca salió de su país de residencia<sup>80</sup>.

Así, la nacionalidad ha servido en *García Avelló* (nacional español y belga con residencia legal en Bélgica que solicita se inscriban los apellidos en el registro belga conforme a la legislación española) para alegar la libre circulación sin haberla ejercido con anterioridad<sup>81</sup>.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia realizó una interpretación más estricta del elemento transnacional y en *McCarthy* consideró que se trataba de una situación puramente interna en el caso de una doble nacional (irlandesa y británica) que nunca se había desplazado desde el Reino Unido, lugar de su residencia habitual<sup>82</sup>. En dicho supuesto, entendió el Tribunal, no se puede alegar el art. 21 TFUE y la Directiva 2004/38 para eludir la normativa nacional de extranjería y obtener la residencia de un cónyuge nacional de un tercer Estado. Es decir, el mero hecho de la doble nacionalidad no convierte la situación del ciudadano de la Unión en susceptible de afectar a las libertades de residencia y circulación.

El Tribunal de Justicia en el caso *McCarthy* estableció que el artículo 21 TFUE *no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de*

<sup>77</sup> Para la libre circulación de trabajadores, véanse, STJUE de 28 marzo 1979, C-175/78, *R c. Saunders*, EU:C:1979:88; STJUE de 27 octubre 1982, Casos 35 y 36/82, *Morson and Jhanjan c. Países Bajos*, EU:C:1982:368 y STJUE de 5 junio 1997, C-64 y 65/96, *Uecker y Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*. EU:C:1997:285.

<sup>78</sup> STJUE de 27 octubre 1982, Casos 35 y 36/82, *Morson and Jhanjan c. Países Bajos*, EU:C:1982:368.

<sup>79</sup> En relación al derecho a la libertad de circulación de las personas establecido en el artículo 8 A TCE véase, STJUE de 29 mayo 1997, C-299/95, *Kremzow c. Austria*, EU:C:1997:254 y STJUE de 5 junio 1997, C-64 y 65/96, *Uecker y Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*. EU:C:1997:285.

<sup>80</sup> STJUE de 2 octubre 2003, C-148/02, *García Avelló*, apdos 13 y 27, EU:C:2003:539.

<sup>81</sup> En ambos casos los niños no habían traspasado la frontera en momento de alegar la libertad de circulación y residencia, pero, indudablemente la norma de un Estado miembro (el de origen) disuade de su ejercicio.

<sup>82</sup> STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, EU:C:2011:277.

*un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*<sup>83</sup>.

## B) Ejercicio de las libertades europeas sin traslado

48. La ciudadanía europea no está vinculada directa y exclusivamente con la movilidad de los ciudadanos entre Estados miembros, sino que el derecho de residencia es independiente del de circulación, de tal manera que no deben siempre presentarse de manera conjunta<sup>84</sup>.

Por tanto, no se requiere siempre que el sujeto haya traspasado la frontera desde un Estado miembro a otro; la doble nacionalidad, como se ha indicado antes, ha sido suficiente para entender que la medida nacional afecta a la libre circulación de personas en *García-Avello* (nacional español y belga con residencia legal en Bélgica que solicita se inscriban los apellidos conforme a la legislación española)<sup>85</sup>.

También en el caso *Zhu Chen* el menor no había abandonado su lugar de nacimiento (Reino Unido), pero se consideró cumplido el requisito del elemento internacional ya que se pretendía su residencia en el Reino Unido -un Estado distinto al de una de sus nacionalidades-.

En el caso *Ruiz Zambrano* dos niños nacidos y residentes en Bélgica que no habían salido de su país cuya nacionalidad ostentan, alegan las libertades para solicitar la reunificación familiar de sus padres, dos sujetos de nacionales de un tercer Estado. El Tribunal de Justicia consideró que la negativa a otorgar la residencia y el permiso de trabajo del progenitor de los menores ciudadanos de la UE constituía un obstáculo al ejercicio del derecho de residencia previsto en el art. 20 TFUE dado que previsiblemente tendría que abandonar la UE<sup>86</sup>. Pero, como se ha indicado antes, la ausencia del ejercicio previo de la libre circulación no debe asimilarse a una situación meramente interna ya que en el Tribunal indicó que el art. 20 TFUE prohíbe las medidas nacionales que tienen un efecto de impedir a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por ese estatuto<sup>87</sup>.

Esta situación que se produjo, a juicio del Tribunal, en los casos *Ruiz Zambrano* y *García-Avelló* y no en el caso *McCarthy* ya que la señora McCarthy -que tampoco nunca traspasó la frontera- no se vería obligada a abandonar la UE por el hecho de que su marido (nacional jamaicano) debiera cumplir los requisitos previstos en la ley de extranjería británicos.

La diferencia de estos casos está en el grado de dependencia del ciudadano de la Unión de su familiar, nacional del tercer Estado.

Esta misma línea argumental sigue el Tribunal de Justicia en el caso *Dereci*. El Tribunal sostiene que Austria, denegando la residencia en su territorio de un nacional turco que entró ilegalmente en Austria y se casó con una nacional austríaca, no vulnera el derecho de residencia del primero, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, que ya reside en Austria y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar a la ciudadana de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión<sup>88</sup>.

Considerando el Tribunal en este caso que el criterio relativo a la *privación del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión guarda relación con situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto*<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> STJUE de 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, apdo. 26, EU:C:2011:124, véanse también las Conclusiones del Abogado General, Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010 1(1), Asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM)*, apartado 75. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-34/09>.

<sup>85</sup> En ambos casos los niños no habían traspasado la frontera en momento de alegar la libertad de circulación y residencia, pero, indudablemente la norma de un Estado miembro (el de origen) disuade de su ejercicio.

<sup>86</sup> STJUE 8 marzo 2001, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, apdo. 42-45, EU:C:2011:124.

<sup>87</sup> STJUE de 5 mayo 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdo. 47, EU:C:2011:277

<sup>88</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 74, EU:2011:734.

<sup>89</sup> *Ibidem*, apdo. 66.

### III. Límites a las libertades europeas que afectan al orden público en Derecho de familia

#### 1. Coexistencia de principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos europeo y nacional

49. Ante una situación con elementos internacionales, en los términos requeridos por los arts. 20 y 21 TFUE, además de la aplicación de los derechos fundamentales de cada uno de los Estados miembros deben aplicarse los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Por tanto, coexisten los principios fundamentales de ambos ordenamientos, el europeo y el nacional. En este apartado se tratarán las reglas de convivencia de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico europeo y del de los Estados miembros.

En los apartados anteriores se ha abordado el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión y en este se establecerán las relaciones y el procedimiento de solución de los conflictos entre los principios fundamentales de uno y otro ordenamiento jurídico.

50. Se ha indicado ya que el que denominaríamos “orden público europeo” se aplica cuando la situación jurídica interesa a las libertades europeas, pero, la coexistencia de derechos fundamentales se produce por el reconocimiento por el propio Tratado de Funcionamiento y por el Derecho derivado de que las libertades europeas no son ilimitadas y de que los Estados miembros, concurriendo ciertos motivos, pueden adoptar medidas restrictivas de las mismas. En la defensa de las medidas estatales que pueden vulnerar o restringir las libertades europeas se produce la tensión de principios de los dos ordenamientos jurídicos<sup>90</sup>.

51. Así, respecto de las libertades económicas del mercado interior, el art. 36 TFUE prevé cuales pueden ser los motivos para limitar la libre circulación de mercancías, para nombrar las razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. Por su parte, los arts. 52 y 62 TFUE prevén la posibilidad de aplicación de normas nacionales justificadas por razón de orden público, seguridad y salud públicas que limiten el Derecho de establecimiento del art. 49 TFUE y la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE<sup>91</sup>.

Además de estos límites el TJUE ha creado el límite del interés general como se verá más adelante.

52. Los conflictos entre los principios fundamentales de los dos ordenamientos jurídicos se resuelven mediante la aplicación de la llamada *rule of reason*<sup>92</sup>.

El enfoque que se utiliza respecto de las libertades de circulación y residencia es el mismo realizado por el Tribunal de Justicia en la aplicación del resto de libertades del mercado interior, en particular de la libre circulación de mercancías desde el asunto *Cassis de Dijon*. El Tribunal estableció el *principio de mutuo reconocimiento* como regla general a la que pueden plantearse limitaciones o justificaciones “razonables” de los Estados miembros que deberán analizarse caso por caso y tendrán que superar el test de la proporcionalidad<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Para un estudio de esta tensión entre los principios nacionales y los establecidos en las convenciones internacionales, desde un punto de vista de Derecho Internacional Privado, véase. R. BARATTA, “Recognition of foreign personal and family status: a rights based perspective”, *RDIPP*, núm. 2, 2016, pp. 413-444.

<sup>91</sup> A L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 157-173.

<sup>92</sup> En el caso *Dassonville*, el Tribunal acepta que se produzcan restricciones razonables a la libre circulación de mercancías P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 702.

<sup>93</sup> STJ de 20 febrero 1979, *Rewe-Zentral AG*, asunto 120/78, apdo. 8 segundo párrafo, EU:C:1979:42 afirma que deben aceptarse medidas restrictivas siempre que sean necesarias para cumplir las exigencias imperativas relativas a y enumera varios objetivos. Al igual que el párrafo 6 del caso *Dassonville*, en el que se indica que en tanto no exista un régimen único los Estados pueden adoptar medidas para conseguir un fin “legítimo” siempre que se trate de medidas razonables, STJ de 11 julio 1974, asunto 8/74, *Dassonville*, apdo. 6. EU:C:1974:82. Esta teoría para la derogación de las libertades europeas con base en motivos que deben ser considerado legítimos atendiendo a razones imperiosas de interés general.

Es decir, no hay una *per se rule* mediante la que se establezca con carácter general las medidas estatales compatibles, “justificadas” las califica el Tribunal y las que no son compatibles o no están justificadas y, por tanto, vulneran el Derecho de la Unión.

En las situaciones relativas al Derecho de Familia el *principio del reconocimiento* puede chocar con los principios que rigen una determinada institución en Derecho nacional, por ejemplo, el principio de igualdad de todos los ciudadanos y los apellidos de una persona; la unión heterosexual en el matrimonio o el modo de establecimiento de los vínculos de filiación. Así, el reconocimiento de situaciones jurídicas relativas a la persona: por ejemplo, el principio de igualdad en el reconocimiento de los apellidos otorgados en un país a una persona se plantea, explícitamente, en el caso *Wittgenstein*, o el de la condición de cónyuge otorgada en un Estado con ocasión de un matrimonio homosexual, en el caso *Coman* o la relación de filiación constituida en España en el caso *V.M.A.*

En este ámbito de aplicación de las libertades de la Unión que afectan al derecho de familia se manifiesta la tensión entre el derecho de familia de los Estados miembro que consagra los valores nacionales y los estándares de protección de los derechos humanos en la Carta<sup>94</sup>.

A continuación, se describe el método de razonamiento que se sigue para aplicar e interpretar las limitaciones a las libertades de circulación y residencia y como conviven los principios fundamentales de los distintos Estado de la Unión.

**53.** Es necesario recordar, de manera previa dos ideas fundamentales sobre esta convivencia. En primer lugar, que el orden público como justificación de una restricción a la libertad de circulación o de residencia debe ser interpretado en sentido estricto<sup>95</sup>. Como el derecho a la ciudadanía de la UE está contenido en el Título V de la Carta de Derechos Fundamentales se deduce que los límites deben ser aplicados de manera restrictiva<sup>96</sup>. Esta interpretación estricta tiene como consecuencia que su invocación solo es posible en caso de que exista *una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*.

En segundo lugar, los Estados miembros no tienen la facultad de determinar *de manera unilateral su alcance*, sino que éste y la pertinencia de su alegación están sometidos al control de las instituciones de la UE<sup>97</sup>.

**54.** Existe jurisprudencia consolidada que establece que una restricción a la libre circulación *puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas de interés general y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional*<sup>98</sup>.

A pesar de que la legislación no incluye el interés general como límite a las libertades europeas, el Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros puede restringir las mismas por razones de *interés general*. La interpretación de este concepto ambiguo de “los motivos de interés general” parece ser el elemento del que partir para determinar la esencia del orden público nacional que puede justificar una restricción a la libre circulación de personas del art. 21 TFUE<sup>99</sup>.

**55.** Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y como se verá a continuación, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE deben reunir cuatro requisitos para estar justificadas. Estas medidas deben aplicarse de manera no discriminatoria, deben encontrar justificación en razones imperiosas de interés general; deben ser ade-

<sup>94</sup> Para una visión general del problema, véase, R. BARATTA, “Recognition of foreign personal and family status: a rights based perspective”, *RDIPP*, núm. 2, 2016, 413-444.

<sup>95</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 44, EU:C:2018:134.

<sup>96</sup> P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 901.

<sup>97</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 86, EU:C:2010:806, STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 67, EU:C:2016:401.

<sup>98</sup> Sentencia de 14 octubre 2008, C353/06, *Grunkin- Paul*, apdo. 29, EU:C:2008:559; STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 48, EU:C:2016:401 y STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 41, EU:C:2018:134.

<sup>99</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 41, EU:C:2018:134 y la jurisprudencia allí citada.

cuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no pueden ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo<sup>100</sup>.

Por tanto, a continuación se examinará, en primer lugar, si las medidas nacionales que pueden alegarse por los Estados miembros para limitar las libertades europeas están justificadas por razones imperiosas de interés general<sup>101</sup>. Para ello los objetivos perseguibles con la medida nacional deben ser *reconocidos como causas legítimas de justificación* por parte del Tribunal de Justicia.

En segundo lugar, las medidas nacionales deben ser apropiadas para alcanzar el objetivo perseguido, es decir se examina si constituye el mecanismo adecuado, por eficaz para conseguir el fin. El Tribunal de Justicia realiza un examen detallado y en el caso concreto de la adecuación de la medida para conseguir el objetivo alegado por el Estado, analizando la efectiva consecución de los objetivos<sup>102</sup>.

En tercer lugar, las medidas nacionales deben ser proporcionadas y no discriminatorias. Es decir, los Estados deben utilizar medios apropiados y proporcionados. De modo que las medidas nacionales no deben ir más allá de lo necesario para conseguir el objetivo perseguido. En este sentido deben examinarse si existen medidas menos limitativas de la libertad europea.

Se trata de condiciones cumulativas, de tal manera que basta con que no la medida nacional no cumpla una de ellas para que no sea una medida legítima desde el punto de vista de la libre circulación.

## 2. Test de legitimidad del objetivo perseguible por el Estado miembro

**56.** El Tribunal de Justicia exige, en primer lugar, que la medida nacional que limita la libertad de circulación y de residencia supere un test de legitimidad, de tal manera que exige que la medida *sea conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta*<sup>103</sup>. Las situaciones jurídicas en las que se ven comprometidas las libertades de residencia y de circulación afectan a derechos garantizados por la Carta, por ello, el Tribunal examina, en primer lugar, si el objetivo nacional pretendido está alineado -es compatible- con los principios fundamentales de la UE plasmados en la Carta<sup>104</sup>.

**57.** Las disposiciones de la Carta son de aplicación sólo en ese caso de estar implicada una situación en la que se aplique el Derecho de la Unión (art. 51.1 Carta), tal y como ha recordado el Tribunal de Justicia en los casos en los que ha aplicado las disposiciones relativas a las libertades de circulación y de residencia<sup>105</sup>. Por ello, si la situación no está comprendida en el ámbito de aplicación de las mencionadas libertades, la posible vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar debe examinarse a la luz del art. 8.1 CEDH y no del art. 7 de la Carta<sup>106</sup>. El Tribunal de Justicia considera que deben darse el mismo sentido y el mismo alcance a estas dos normas porque contienen derechos equivalentes.

De ello se deduce que, en todo caso, se vea aplicado el Derecho de la Unión o no, las autoridades nacionales deben respetar *el derecho al respeto de la vida privada y familiar* como parte del orden público de la UE o de los Estados miembros. Debe de haber, por tanto, un mínimo común en los principios de uno y otro ordenamiento. Esta coincidencia de los dos textos legales debería minimizar los conflictos

<sup>100</sup> Véase las sentencias 31 marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec.p.* I-1663, apartado 32; 30 de noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec. p.* I-4165, apartado 37; STJ 9 marzo 1999 *Centros*, C212/97, apartado 34 y sentencia 2003 y STJ 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, apartado 133.

<sup>101</sup> STJUE 30 septiembre 2003, C-, *Inspire Art*, C-167/01, apartado 108.

<sup>102</sup> STJUE 30 septiembre 2003, C-, *Inspire Art*, C-167/01, apartados 123-128.

<sup>103</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 81, EU:C:2010:806; STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, EU:C:2016:40; STJUE de 13 septiembre 2016, C-165/14, *Redón Marín*, apdo. 66, EU:C:2016:675 y STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 47, EU:C:2018:134. Véase, asimismo, las Conclusiones del Abogado General en el asunto Conclusiones AG J. Kokott de 15 abril 2021, C-490/20, *V.M.A.*, apdo. 68, EU:C:2021:296.

<sup>104</sup> STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 35, EU:C:2016:401.

<sup>105</sup> STJUE de 15 noviembre 2011, C-256/11, *Dereci*, apdo. 70, EU:2011:734 y Conclusiones AG J. Kokott de 15 abril 2021, C-490/20, *V.M.A.*, apdo. 118, EU:C:2021:296.

<sup>106</sup> *Ibidem*, apdo. 72. Sobre la adhesión de la Unión Europea al CEDH véase, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y OTROS, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Vol. 1, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2020, pp. 233.

entre el orden público europeo y el de los Estados miembros, dado que todos los Estados de la Unión son Estados firmantes del CEDH.

**58.** El test de la legitimidad europea se advierte claramente en ciertos pronunciamientos del Tribunal:

El respeto al principio de igualdad alegado por Austria como principio general del Derecho consagrado en el art. 20 de la Carta se aprecia en el caso *Sayn-Wittgenstein*<sup>107</sup>. La oposición de Austria a inscribir el elemento nobiliario del apellido -adquirido legalmente en otro Estado miembro- se justifica en el principio constitucional de igualdad, principio que se considera el Tribunal legítimo y compatible con el Derecho de la Unión por estar también consagrado en el art. 20 de la Carta<sup>108</sup>.

El Tribunal afirma en *Coman*, la medida nacional -no considerar cónyuge al miembro de un matrimonio homosexual válidamente celebrado en otro Estado de la Unión- *sólo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta*<sup>109</sup>. Por ello, el concepto de “cónyuge” del artículo 2.2, letra a la Directiva 2004/38 debe interpretarse teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar<sup>110</sup>. Como este derecho fundamental comprende en el concepto de “vida privada y familiar” a una pareja homosexual, la medida estatal que, siendo aplicable la Directiva, no reconoce como “cónyuge” a la persona que ha contraído matrimonio homosexual no superaría el test de la legitimidad.

En el caso *V.M.A.* se plantea ese mismo test respecto de la constitución del vínculo de filiación de la Directiva 2004/38 para el reconocimiento de la maternidad en Bulgaria. Se plantea la legitimidad del objetivo perseguido por las autoridades búlgaras en relación a la inscripción de un certificado de nacimiento de una pareja de mujeres casada como progenitoras de una menor en relación también al art. 7 de la Carta<sup>111</sup>.

El Tribunal indica, asimismo, que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada y que su protección se consagra tanto por el art. 7 de la Carta como por el art. 8 CEDH<sup>112</sup>.

### 3. Del objetivo legítimo a la identidad nacional

**59.** El orden público estatal puede variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra. En consecuencia, el Tribunal reconoce que las autoridades nacionales competentes tienen un margen de apreciación, que será ejercido en cada caso y dentro de los límites impuestos por el TFUE<sup>113</sup>. En este contexto de las libertades de circulación y residencia, se ha aceptado que los principios fundamentales que conforman el orden público varían de Estado a Estado, por eso los Estados miembros que alegan justificaciones para las restricciones a las libertades de circulación y residencia han alegado, desde el caso *Sayn-Wittgenstein* el concepto de identidad nacional del art. 4.2 TFUE. El Tribunal ha aceptado que *no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido*<sup>114</sup>.

<sup>107</sup> S., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Tribunal de Justicia: Ciudadanía - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien”, *REDI*, 2011 n° 2 pp.235-239.

<sup>108</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 89, EU:C:2010:806. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Tribunal de Justicia: Ciudadanía - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien”, *REDI*, 2011 n° 2, pp.235-239.

<sup>109</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 47, EU:C:2018:134, véase, F. PESCE, “La nozione di “matrimonio”: Diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, *RDIPP*, 2017, pp. 777-819, p. 800.

<sup>110</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 48, EU:C:2018:134.

<sup>111</sup> Conclusiones AG J. Kokott de 15 abril 2021, C-490/20, *V.M.A.*, apdo. 68, EU:C:2021:296.

<sup>112</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 52, EU:C:2010:806 y STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 49, EU:C:2016:40.

<sup>113</sup> Sentencias de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C 36/02, EU:C:2004:614, apartado 31 y jurisprudencia citada, y de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C 208/09, EU:C:2010:806, apartado 87).

<sup>114</sup> STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 73, EU:C:2016:401.

Esa relatividad del orden público en el espacio se acepta por el Derecho de la UE, que respeta la diversidad existente entre las distintas modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido.

Con el fin de justificar el carácter fundamental de los objetivos estatales en los casos que afectan a cuestiones esenciales de la organización de la sociedad, los Estados miembros han alegado que los principios que justifican la restricción a las libertades de circulación y residencia forman parte de este concepto de *identidad nacional*<sup>115</sup>.

El Abogado General en *V.M.A.* considera que ha habido una evolución y que el concepto de identidad nacional no es un mero *objetivo legítimo entre otros* que se pueden valorar en el examen de las justificaciones estatales a las limitaciones a las libertades de circulación y residencia<sup>116</sup>.

El concepto de identidad nacional tiene como finalidad preservar los enfoques particulares de cada Estado en relación a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales, por tanto, la interpretación que se mantenga será esencial para definir la relación entre el orden público europeo y el orden público estatal ya que, como afirma el Abogado General, la salvaguarda del art. 4.2 TUE puede constituir un límite de los efectos del Derecho de la Unión en ámbitos especialmente sensibles para los Estados miembros y va a permitir la ponderación de intereses *del mismo rango*.

El establecimiento al mismo nivel de los intereses nacionales del art. 4.2 TFUE y de los principios europeos justifica, para el Abogado General que no se realice el examen de la proporcionalidad, a pesar de que, en los casos *Sayn-Wittgenstein* y *Bogendorff* el Tribunal si los realizó, como se explicará en el siguiente epígrafe. Ahora bien, la *identidad nacional* tiene como límite, en opinión del Abogado General, *el respeto de los valores consagrados en el art. 2 TUE*<sup>117</sup>.

**60.** Los Estados miembros han acudido al concepto de identidad nacional para justificar el carácter fundamental de la institución del matrimonio en el caso *Coman*<sup>118</sup> o, la forma republicana del Estado, la abolición de la nobleza o la prohibición estricta del uso y de la transmisión de los títulos nobiliarios en el caso *Sayn-Wittgenstein* y en el caso *Bogendorff*, y ello a pesar de no estar expresamente establecido en la Constitución de un Estado miembro<sup>119</sup>.

**61.** El principio de reconocimiento exigido como consecuencia de la aplicación de las libertades europeas no siempre produce una agresión a los principios que conforman la *identidad nacional*. En el caso *Coman* el Tribunal considera que la libertad de circulación sólo impone la obligación de reconocer los matrimonios homosexuales a los únicos efectos de permitir la residencia en un Estado miembro -en aplicación de la Directiva 2004/38- pero no implica que el Estado deba reconocer en su derecho nacional el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni influye negativamente a la institución matrimonial, por lo que el Derecho de la Unión no afecta a la identidad nacional ni amenaza el orden público estatal<sup>120</sup>.

A similar conclusión llega el Abogado General en el caso *V.M.A.* respecto de la obligación de reconocer el vínculo de filiación establecido en España a los solos efectos de aplicar la Directiva 2004/38, dado que tal cosa no altera la concepción de la filiación o del matrimonio en Bulgaria<sup>121</sup>.

<sup>115</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 74, EU:C:2010:806.

<sup>116</sup> Apdo. 82 Conclusiones AG J. Kokott de 15 abril 2021, C-490/20, *V.M.A.*, apdo. 82, EU:C:2021:296.

<sup>117</sup> *Ibidem*, apdos. 73 y 101-134.

<sup>118</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 42, EU:C:2018:134.

<sup>119</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C 208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 92, EU:C:2010:806 y STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 64, EU:C:2016:401. Sobre la referencia a la constitución de un Estado como fuente de los principios que conforman el orden público internacional, véase, F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale”, *RDIPP*, núm. 2, 2018, pp.259-291.

<sup>120</sup> STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdos. 45 y 46, EU:C:2018:134.

<sup>121</sup> Conclusiones AG J. Kokott de 15 abril 2021, C-490/20, *V.M.A.*, apdo. 114, EU:C:2021:296

#### 4. Necesidad y adecuación

62. Superado el examen de la legitimidad, las medidas nacionales que restringen las libertades de circulación y residencia deben ser necesarias y apropiadas para conseguir la finalidad pretendida por el Estado miembro<sup>122</sup>.

También el análisis de la necesidad y la adecuación debe hacerse en el caso concreto, ya que, el hecho de que se acepte que los Estados discrepen en las modalidades de protección de los derechos fundamentales considerados legítimos, no exime de su superación<sup>123</sup>.

Debe existir por tanto una relación de causa efecto entre la medida nacional restrictiva de las libertades europeas y la consecución del objetivo pretendido<sup>124</sup>.

#### 5. Proporcionalidad y objetividad de la medida estatal

63. Superado el examen de la legitimidad, la necesidad y la adecuación, en el análisis de la compatibilidad de la medida estatal con las libertades de circulación y residencia se incluye una valoración de la proporcionalidad y de la objetividad de la medida. Existe jurisprudencia consolidada relativa a la aplicación de estos requisitos a las otras libertades que conforman el mercado interior<sup>125</sup>.

64. El análisis de la proporcionalidad implica la valoración de la existencia de otra manera menos restrictiva de la libertad europea para conseguir el fin pretendido; en relación a las libertades de circulación y de residencia es especialmente interesante esta valoración en los casos *Bogendorff* y *Sayn-Wittengstein*<sup>126</sup>.

En el caso *Sayn-Wittengstein* lleva al Tribunal a valorar que la garantía del principio de igualdad puede justificar la prohibición de *la adquisición, la posesión o el uso por sus ciudadanos de títulos nobiliarios o de elementos nobiliarios que pudieran hacer creer que la persona que los utiliza ostenta tal honor*. Por lo tanto, un Estado que no reconoce un apellido otorgado por las autoridades de otro Estado miembro no *van más allá de lo necesario* para la consecución del objetivo pretendido por lo que parece hacer referencia a la mínima restricción<sup>127</sup>.

Por su parte, en el caso *Bogendorff* el Tribunal no hace, por sí mismo, la valoración de la proporcionalidad, sino que la remite al juez nacional por considerar que está mejor situado para efectuar un análisis ponderado de los elementos jurídicos y de hecho presentes en el caso<sup>128</sup>. No obstante, el Tribunal de Justicia, indica cuales son los criterios que se deben tener en cuenta por el juez nacional en el momento de realizar el control de proporcionalidad<sup>129</sup>.

Por tanto, este test de la proporcionalidad puede llevarse a cabo tanto por el Tribunal de Justicia como por los tribunales nacionales, ante quienes se plantea el conflicto entre los principios fundamentales nacionales y los europeos.

<sup>122</sup> STJUE de 14 octubre 2004, C36/02, *Omega*, apdo. 36, EU:C:2004:614; STJUE de 10 julio 2008, C33/07, *Jipa*, apdo. 29, EU:C:2008:396 y STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 72-77, EU:C:2016:401.

<sup>123</sup> STJUE de 14 octubre 2004, C36/02, *Omega*, apdo. 337 y 38, EU:C:2004:614; STJUE de 22 diciembre 2010, C 208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 91, EU:C:2010:806 y STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 73, EU:C:2016:401

<sup>124</sup> La aplicación de la ley de la nacionalidad en cada Estado miembro por mandato de la norma de conflicto del Estado de origen pretendía conseguir una determinación estable de los apellidos, sin embargo, en las circunstancias del caso, cada vez que el ciudadano de la UE traspasaba la frontera cambiaba su apellido, así que la medida estatal provocaba el resultado contrario al pretendido. STJUE de 14 octubre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*, apdo. 32, EU:C:2008:559.

<sup>125</sup> STJUE de 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, apdo. 140, EU:C:2003:512.

<sup>126</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C 208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 93, EU:C:2010:806. En el caso *Coman* no llega a realizarse el análisis porque el Tribunal no considera superado el test de la legitimidad. STJUE de 5 junio 2018, C-672/16, *Coman*, apdo. 46, EU:C:2018:134 y en el caso V.M.A. el Abogado General entiende que no es necesario hacerlo al tratarse de una medida justificada por el interés nacional y no un objetivo legítimo.

<sup>127</sup> STJUE de 22 diciembre 2010, C 208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 93, EU:C:2010:806.

<sup>128</sup> STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 78, EU:C:2016:401.

<sup>129</sup> *Ibidem*, apdos. 80-84.

65. Finalmente, las justificaciones deben basarse en consideraciones objetivas, por lo que si la medida resultara discriminatoria no sería compatible con el Derecho de la Unión aunque cumpliera el resto de condiciones.

La Directiva 2004/38 se refiere en su considerando 31 a la prohibición de discriminación de la Carta y a la obligación de los Estados miembros de aplicar sus disposiciones *sin discriminar entre los beneficiarios de la presente Directiva por razones como el sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*.

66. El desarrollo del derecho a la Libre circulación y residencia de los artículos 20 y 21 TFUE se ha producido mediante la Directiva 2004/38/CE y a ella hay que acudir para encontrar los límites. A diferencia de lo que ocurre con las libertades de los factores productivos que conforman el mercado interior, la libertad de residencia y de circulación no se ve limitada por las disposiciones del Tratado de Funcionamiento, sino que éstas remiten a las normas adoptadas para la aplicación del art. 21 a las normas de desarrollo, principalmente, la Directiva 2004/38/CE.

El considerando 22 de la Directiva recuerda que el *Tratado prevé algunas restricciones al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*<sup>130</sup>. El capítulo IV de la Directiva recoge las limitaciones del Derecho de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (artículos 27-33).

#### IV. El orden público como límite a las libertades del mercado interior en la Directiva 2004/38

67. La Directiva 2004/38 no sólo establece las condiciones de ejercicio de los derechos de residencia y de circulación de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares sino que también establece cuáles son los límites a dichos derechos por razón de *orden público, seguridad pública o salud pública* (art. 1, letra c)<sup>131</sup>.

68. Este Orden Público de cada Estado, también se refiere a las situaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, es decir debe tratarse de situaciones en las que se vea implicado el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE y a las que se aplique la Directiva tal y como se ha indicado en el apartado II.3.C. Por lo que aquí interesa se tratarán los aspectos relativos al ejercicio de libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros, pero también ha sido de aplicación como límite a otras libertades del Mercado Interior, la libre prestación de servicios, la libre circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento (arts. 36, 45 y 52 TFUE respectivamente)<sup>132</sup>.

La noción de orden público manejado en el apartado III no debe asimilarse totalmente al término utilizado también por el Tratado y la Directiva como excepción a las libertades europeas.

69. Esta Directiva utiliza también el concepto de orden público junto al de seguridad pública, como límite en los arts. 27.1 y 27.2. Dichos preceptos disponen el régimen que los Estados miembros deben respetar para limitar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión *por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*.

<sup>130</sup> Para precisar las condiciones y garantías procesales con arreglo a las cuales puede adoptarse la decisión de denegación de entrada o de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, la presente Directiva sustituye a la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de circulación y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. DO 56 de 4.4.1964, p. 850; Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 75/35/CEE (DO L 14 de 20.1.1975, p. 14).

<sup>131</sup> El art. 15 regula las garantías del procedimiento que se sigan en los Estados miembros y que tengan como objeto una limitación de estos derechos.

<sup>132</sup> STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, apdo. 31, EU:C:2016:401. En algunos casos el tribunal ha entendido que alegar este orden público para justificar restricciones a la libre prestación de servicios carece de fundamento, véase STJUE de 7 febrero 2002, C-279/00, *Comisión c. Italia*, apdo. 13, EU:C:2002:89.

70. Los términos de orden público y de seguridad pública a los que se refiere la Directiva se citan normalmente juntas en las sentencias del Tribunal de Justicia por lo que se deduce que se trata de un concepto distinto al orden público analizado en los apartados anteriores<sup>133</sup>.

Puede considerarse que este orden público se acerca al de seguridad pública cuando se refiere, por ejemplo, a infracciones penales que *constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, cuyo riesgo de reiteración representa una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que, por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión*<sup>134</sup>.

71. Esta excepción a las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión o de sus familiares comparte características con las analizadas anteriormente. Así, este principio, que ha sido llamado reserva y excepción, ha de ser también objeto de interpretación estricta, y su alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros<sup>135</sup>.

Igualmente, las medidas adoptadas por razones de orden público deben ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del sujeto<sup>136</sup>.

En aplicación de estas libertades, el Tribunal había exigido tradicionalmente que el recurso a este concepto exige que exista, aparte de la perturbación del orden social que constituye toda infracción de las leyes, una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad<sup>137</sup>.

En la aplicación del orden público, en este sentido, el Tribunal de Justicia analiza si un determinado objetivo constituye un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, cuyo riesgo de reiteración puede entrar en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública”, y “representa una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población”. En ese caso, el Tribunal acepta que puede suponer un límite a una libertad europea por ser un motivo imperioso de seguridad pública.

72. En todo caso, ya se ha mencionado que la Directiva 2004/38 establece el respeto de los derechos y libertades fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De modo que impone a los Estados miembros la aplicación de este orden público sin discriminar *por razones como el sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual* (considerando 31).

<sup>133</sup> STJUE de 13 julio 2017, C-193/16, *E y Subdelegación del Gobierno de Álava*, apdo.22, EU:C:2017:542

<sup>134</sup> *Ibidem*, apdo. 20. El ciudadano de la Unión fue expulsado por las autoridades españolas en aplicación del art. 15 del RD 240/2007, por haber sido condenado por sentencia firme a doce años de prisión por haber cometido reiteradamente delitos de abusos sexuales sobre menores.

<sup>135</sup> STJUE de 13 septiembre 2016, C-165/14, *Redón Marín*, apdo. 65, EU:C:2016:675 y STJUE de 13 julio 2017, C-193/16, *E y Subdelegación del Gobierno de Álava*, apdo.18, EU:C:2017:542.

<sup>136</sup> STJUE de 13 julio 2017, C-193/16, *E y Subdelegación del Gobierno de Álava*, apdo. 19, EU:C:2017:542.

<sup>137</sup> También cuando resolvía sobre el orden público como límite a la libre circulación de trabajadores, véase, STJUE de 7 de mayo de 1998, C-350/96, *Clean Car Autoservice*, apdo. 40, EU:C:1998:205 y STJUE de 9 marzo 2000, C-355/98, *Comisión/Bélgica*, apdo.28, EU:C:2000:113.

# ANÁLISIS COMPARADO DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD ALEMÁN Y ESPAÑOL: ¿SERÍA POSIBLE UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMÚN EUROPEO?

## COMPARATIVE ANALYSIS OF THE GERMAN AND SPANISH PROPERTY REGISTRIES: WOULD A EUROPEAN COMMON PROPERTY REGISTER BE POSSIBLE?

ALENA VERONICA HORVATH

*Graduada en el Doble Grado en Derecho Hispano-Alemán por las Universidades Pablo de Olavide de Sevilla y Bayreuth*

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (Acreditado a Profesor Contratado Doctor)*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6267>

**Resumen:** Sobre la base de un análisis comparado de los Registros de la Propiedad alemán y español, el objetivo de este trabajo es abordar el estudio de la viabilidad de crear un Registro de la Propiedad Común Europeo, que elimine las incertidumbres que genera que un ciudadano comunitario adquiera un bien inmueble en otro país de la Unión Europea, otorgando seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. En definitiva, configurar un sistema registral transfronterizo comunitario, que agilice y otorgue seguridad jurídica a la transmisión de bienes inmuebles.

**Palabras clave:** derechos reales, transmisión, Registro de la Propiedad, Registro de la Propiedad Común Europeo.

**Abstract:** Based on a comparative analysis of the German and Spanish Property Registries, the aim of this paper is to tackle the study of the feasibility of creating a European Common Property Registry, which eliminates the uncertainties generated when a community citizen acquire a real estate in another country of the European Union, granting legal certainty in real estate traffic. In short, it's about configuring a community cross-border registration system, which streamlines and grants legal certainty to the transfer of real estate.

**Keywords:** real property rights, transmission, Property Registry, European Common Property Registry.

**Sumario:** I. Introducción. II. Planteamiento. 1. Principios básicos de los derechos reales. 2. Aspectos generales del derecho inmobiliario registral. III. Análisis comparado del Derecho alemán y español. 1. Régimen de transmisión de los derechos reales. A) En Alemania: principio de separación y abstracción. Acuerdo e inscripción. B. En España: teoría del título y el modo. C). Resultado de la comparación del derecho material. 2. Aspectos formales del Registro de la Propiedad. A) Organización y estructura en Alemania y España. B). Requisitos formales de la inscripción en Alemania y España. C). Publicidad formal en Alemania y España. 3. Derecho inmobiliario material en Alemania. A). Valor y efectos de la inscripción. B). Fe pública registral. 4. Derecho inmobiliario

material en España. A). Valor y efectos de la inscripción. 5. Conclusiones de la comparación. IV. El establecimiento de un Registro de la Propiedad Común Europeo. 1. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2. Integración positiva y negativa. 3. European Land Information Service (EULIS). 4. Competencia legislativa de la Unión Europea en derecho inmobiliario registral. 5. Perspectivas. A) Perspective and Feasibility & Implementation Analysis (2014). B). Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018. C) Técnica legislativa adecuada. D) Posible configuración. E) Viabilidad. V. Conclusiones finales.

## I. Introducción

1. Todo ciudadano europeo es libre en decidir dónde quiere trabajar y vivir. Este es uno de los principios esenciales de la Unión Europea que, en el Tratado de Maastricht, estableció cuatro libertades fundamentales: la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios. Parece ello ser una buena base para facilitar transacciones inmobiliarias transfronterizas, como la compra de un bien inmueble en el ámbito de la Unión Europea. La pregunta que suscita lo anterior es cuáles son las dificultades que se pueden plantear en la práctica.

2. Superadas las fronteras terrestres nacionales dentro de la Unión Europea, las legales, debidas a las diferencias entre los Ordenamientos civiles, siguen estando presentes y provocan dificultades fácticas y legales. Un elemento esencial en la compra de un inmueble es la accesibilidad a la información acerca del mismo. Por este motivo, la mayoría de los países europeos tienen un Registro para publicar los datos relevantes de los inmuebles, configurándolo cada uno según sus propias reglas.

3. Planteemos un ejemplo: un ciudadano alemán, Sr. Müller, desea comprar una residencia sita en Málaga al Sr. García. En primer lugar, ¿dónde puede el Sr. Müller obtener información relevante y cómo la puede consultar? Una vez que la haya obtenido, ¿qué valor legal tiene? Si el Sr. García tiene inscrito como propietario el inmueble, ¿significa ello que es en todo caso legítimo titular del mismo y tiene el necesario poder de disposición? ¿O puede ser que existan otros derechos no inscritos sobre dicho inmueble?

4. Estas incertidumbres surgen mayoritariamente de las diferencias entre los distintos sistemas registrales nacionales, que dificultan la adquisición de un inmueble en otro país europeo, convirtiéndolo en un negocio jurídico de riesgo.

5. Sobre la base de una comparación del Registro de la Propiedad alemán, el Grundbuch, y el Registro de la Propiedad español, el presente trabajo tiene por objeto preguntarse, e intentar de ofrecer una solución a la posibilidad de crear un Registro de la Propiedad Común Europeo que elimine tales incertidumbres, otorgando seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. En definitiva, un sistema registral transfronterizo, que, bajo ese principio de seguridad jurídica, agilizará la transmisión de bienes inmuebles.

## II. Planteamiento

### 1. Principios básicos de los derechos reales

6. Para entender la necesidad o, a mejor decir, las ventajas de establecer un Registro de la Propiedad Común Europeo, es imprescindible conocer las razones que en su momento motivaron su instauración a nivel nacional. Por este motivo, enunciaremos a continuación las características básicas de los derechos reales, decisivas en el marco de este trabajo.

7. Los derechos reales son derechos absolutos<sup>1</sup>. Esto significa que el propietario de un bien tiene el pleno dominio sobre el mismo y la facultad de excluir a cualquier tercero que no reconozca su posición jurídico-real o le perturbe en el ejercicio de sus derechos sobre la cosa<sup>2</sup>. En comparación con el derecho de crédito, que se caracteriza por su relatividad y eficacia *inter partes*, el derecho real tiene eficacia *erga omnes*, es decir, que es oponible frente a todos<sup>3</sup>. El titular real goza de una amplia protección legal de su posición jurídica<sup>4</sup>.

8. Del alcance absoluto de los derechos reales surge la necesidad primordial de darles cognoscibilidad legal, tanto en su existencia como en su pertenencia<sup>5</sup>. Lo anterior conforma el denominado “principio de la publicidad registral”<sup>6</sup>. Solo sería procedente conectar consecuencias jurídicas a una perturbación de la posición jurídico-real de otra persona, si el perturbador tiene la posibilidad de conocer la situación de dominio de aquélla<sup>7</sup>. Dado que la titularidad sobre un derecho real por sí no es externamente evidente, el Ordenamiento jurídico ha de tipificar o crear signos externos que permiten identificar la relación jurídica que alguien tiene con una cosa<sup>8</sup>.

9. La manifestación de esos signos externos, nos llevan al estudio del concepto de posesión y de la publicidad registral, para lo que se instrumenta el Registro de la Propiedad.

10. En este sentido, con limitación a las cosas muebles, se recurre a la posesión como signo externo, puesto que, con alguna probabilidad, el poseedor es también titular de la cosa<sup>9</sup>. La transmisión de cosas muebles está por lo tanto basada en la tradición; acto a través del cual el adquirente toma posesión del bien y da publicidad a la nueva situación<sup>10</sup>.

11. Pero, por otra parte, para identificar al propietario de un bien inmueble, el signo de la posesión resulta por sí solo inadecuado. Una casa o un piso pueden encontrarse en posesión de un arrendatario mientras que el arrendador continúa siendo titular del mismo<sup>11</sup>. Además, la posesión, por sí sola no permite reconocer derechos reales de garantía que graven el bien inmueble<sup>12</sup>. Así, el signo de la posesión no es suficiente como mecanismo de exteriorización, y puede incluso inducir a los intervinientes en el tráfico jurídico a errores al adquirir un bien del poseedor que carezca de legitimación y poder de disposición<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, 8ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 105; K. SCHREIBER, “Die Grundprinzipien des Sachenrechts”, *JURA*, 2010, pp. 272 y 273.

<sup>2</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, 10ª Edición, Bosch, Barcelona 2004, § 1.3; J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, Tirant Lo Blanch, 5ª Edición, Valencia 2019, p. 20; K. SCHREIBER, “Die Grundprinzipien des Sachenrechts”, cit. pp. 272 y 273; J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, 18. Auflage, München, 2009, § 4 apdo 3; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, 7. Auflage, München 2015, § 1 apdo 6; J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, 2ª Edición, Madrid, 2003, p. 115.

<sup>3</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 21; K. SCHREIBER, “Die Grundprinzipien des Sachenrechts”, cit. pp. 272 y 273; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 1 apdo 6.

<sup>4</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 20; K. SCHREIBER, “Die Grundprinzipien des Sachenrechts”, cit. pp. 272 y 273.

<sup>5</sup> K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 1 apdo. 9; WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, 32. Auflage, München 2017, § 3 apdo. 5; K. MÜLLER / U. GRUBER, *Sachenrecht*, München, 2016, § 5 apdo 69.

<sup>6</sup> K. SCHREIBER, “Die Grundprinzipien des Sachenrechts”, cit. pp., 272 y 274.

<sup>7</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, apdo 22; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 1 apdo 9.

<sup>8</sup> C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, *Archiv für civilistische Praxis*, 214 (2014), pp. 567 y 568; K. SCHREIBER, “Die Grundprinzipien des Sachenrechts”, cit. pp. 272 y 274.

<sup>9</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 4 apdo 9.

<sup>10</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, p. 58; K. MÜLLER / U. GRUBER, *Sachenrecht*, cit. § 5 apdo 70.

<sup>11</sup> H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, 36. Auflage, München 2017, § 15 apdo 132.

<sup>12</sup> C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. p. 567.

<sup>13</sup> L. J. ARRIETA SEVILLA, “La finca registral como objeto del registro de la propiedad”, en GARCÍA GARCÍA (coord.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 29-48; R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, 4. Auflage, Baden-Baden 2015, § 4 apdo 6.

12. Por consiguiente, el Ordenamiento jurídico ha de prever medios y mecanismos alternativos que garanticen proporcionar toda la información relevante sobre un bien inmueble<sup>14</sup>. Históricamente han existido medios de publicación muy diversos. En la Grecia Clásica, por ejemplo, se colocaban piedras indicando la existencia de un gravamen junto al inmueble que lo soportaba<sup>15</sup>. A partir del siglo XIX, tuvieron lugar la aparición de los Registros modernos, como el Grundbuch alemán y el Registro de la Propiedad español (art. 1,1.ª LH y art. 605 CC), que, llevados por una autoridad pública, ofrecían la publicidad de los derechos existentes sobre un determinado bien inmueble<sup>16</sup>. En los Registros se identifican las fincas y todas las mutaciones jurídico reales sufridas por las mismas, intentando así ofrecer en cada momento el estado jurídico vigente del inmueble<sup>17</sup>.

## 2. Aspectos generales del derecho inmobiliario registral

13. La normativa destinada al estudio del Registro de la Propiedad se encuentra dividida en una parte formal y otra material.

14. En su vertiente formal se establecen reglas procedimentales para asegurar el buen funcionamiento del Registro, fijando, por ejemplo, los requisitos para la redacción y extensión de un asiento y su publicidad formal, así como el modo de llevar el Registro<sup>18</sup>. En este aspecto, los regímenes casi no se distinguen. En Alemania se encuentra regulado en su mayor parte en la *Grundbuchordnung*<sup>19</sup>; y en España, en la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario<sup>20</sup>.

15. En cuanto a su vertiente material, los Ordenamientos español y alemán muestran algunas diferencias en el contenido de su derecho registral. En ambos sistemas, el conjunto de normas materiales conforma la base sobre la que se justifica y explica el valor de las inscripciones y de la protección registral<sup>21</sup>. En Alemania, al ser la inscripción parte de la transmisión, el BGB, en sus §§ 873 y ss., fija además los requisitos que han de ser cumplidos para provocar la mutación-jurídica<sup>22</sup>.

16. El tráfico de bienes inmuebles entraña un riesgo cuando quien adquiere no conoce la situación jurídico-real del bien, o cuando no puede estar seguro del poder de disposición del transmitente. Por ello, el Registro desempeña una función esencial para distintos tipos de derechos reales inmobiliarios y para distintos participantes en el tráfico jurídico<sup>23</sup>.

17. En primer lugar, es una fuente indispensable de información fácilmente accesible, sobre la que personas interesadas en la adquisición de un inmueble pueden adoptar su decisión de adquirir el mismo<sup>24</sup>. La adquisición de un bien inmueble supone una inversión económica relevante por lo que la

<sup>14</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 4 apdo 6.

<sup>15</sup> L. J. ARRIETA SEVILLA, “La finca registral como objeto del registro de la propiedad”, cit. pp. 29-48.

<sup>16</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 140.1; G. DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, “El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad”, *La Notaria*, 2/2012, pp. 49 y 51;

R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 4 apdo 2, 6; WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, 32. Auflage, München 2017, cit. § 17 apdo 24.

<sup>17</sup> J. KUNTZE / R. ERTL / H. HERRMANN / D. EICKMANN, *GRUNDBUCHRECHT: Kommentar Zu Grundbuchordnung Und Grundbuchverfügung Einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung*, Sammlung Guttentag, German Edition, 1979, A 7.

<sup>18</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 26; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, 7. Auflage, München 2015, cit. § 13 apdo 1.

<sup>19</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 14 apdo 7.

<sup>20</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, 10ª Edición, Bosch, Barcelona 2004, cit. § 141 2.

<sup>21</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 26

<sup>22</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 14 apdo 7; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit., § 13 apdo 1.

<sup>23</sup> F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles – un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 35 y ss.

<sup>24</sup> H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdo 132.

necesidad de crear y mantener la seguridad jurídica aumenta considerablemente. Lo más valioso es el bien, lo más importante es poder averiguar con certeza quién es su dueño<sup>25</sup>.

18. En los países sin Registro de la Propiedad, los participantes del tráfico jurídico interesados en un determinado bien inmueble, tienen que practicar investigaciones previas extensas<sup>26</sup>. El Registro, sin embargo, facilita esa búsqueda y hace el tráfico más dinámico y menos arriesgado, al ofrecer información fiable y auténtica para comprobar la legitimación del transmitente y para conocer los gravámenes y cargas que recaen sobre la propiedad<sup>27</sup>. Permite, por lo tanto, ahorrar potenciales costes de investigación<sup>28</sup>.

19. Asimismo, a los titulares de una garantía real (por ejemplo de una hipoteca), le es de importancia poder consultar un medio que registra todas las garantías reales ya existentes<sup>29</sup>. Es el Registro de la Propiedad quien genera la posibilidad de gravar un inmueble con más de una carga, al asignar a cada una de ellas un determinado rango, según el cual será satisfecha<sup>30</sup>.

20. Un sistema registral necesita un aparato muy extenso de funcionarios que, sobre la base de normas procedimentales, vele por la integridad y exactitud de las inscripciones<sup>31</sup>. Por tanto, la gestión de un Registro de la Propiedad es costosa; pero, teniendo en cuenta los valores inmobiliarios y la relevancia de las garantías reales, se justifica por su utilidad práctica, tanto en sentido jurídico como económico<sup>32</sup>.

### III. Análisis comparado del Derecho alemán y español

21. Antes de abordar la configuración de un Registro de la Propiedad Común Europeo es necesario analizar la situación legal actual, examinando los Registros de la Propiedad existentes en los distintos Estados miembros; sus principios básicos y cómo los implementan para asegurar el correcto funcionamiento registral. A modo de ejemplo, los siguientes epígrafes se dedicarán al estudio comparado de los sistemas registrales alemán y español. En la primera parte, se tratará el “derecho registral formal”, estudiando la organización y estructura, así como la publicidad formal de los dos Registros. Después, pasando al “derecho registral material”, se analizarán los asientos de inscripción: ¿qué requieren?, ¿qué valor tienen? y ¿qué consecuencias jurídicas están conectadas a su práctica? Y, con especial atención, los conceptos de fe pública en ambos.

22. El derecho registral está construido sobre la base del derecho real material, con lo cual éste puede explicar y justificar algunos de los principios fundamentales que caracterizan los sistemas registrales<sup>33</sup>. En la primera parte se llevará a cabo una comparativa del derecho real material de ambos Ordenamientos civiles.

<sup>25</sup> H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdo 131.

<sup>26</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 23.

<sup>27</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, Nº 2, 1994, pp. 31 y 42; J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 23; H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdos 132 y s.

<sup>28</sup> F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles – un estudio del sistema español con referencia al alemán*, cit., p. 61.

<sup>29</sup> H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdo 136.

<sup>30</sup> H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdos 132 y 136.

<sup>31</sup> J. HOLZER / A. KRAMER, *Grundbuchrecht*, 2. Auflage, München, 2004, apdo 6; H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdo 132; WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 31.

<sup>32</sup> J. HOLZER / A. KRAMER, *Grundbuchrecht*, cit. apdos 1 y 6; H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, 2. Auflage, München, 2017, apdo 11; H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit. § 15 apdo 132.

<sup>33</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 14 apdo 8.

## 1. Régimen de transmisión de los derechos reales

### A) En Alemania: principio de separación y abstracción. Acuerdo e inscripción

23. Conforme al “principio de separación” que domina todo el Ordenamiento civil alemán, el negocio jurídico obligacional y el negocio jurídico real deben en todo caso ser separados<sup>34</sup>. Esto significa que, por un lado, el adquirente y el transmitente celebran un contrato que se limita a provocar efectos vinculantes, y por otro, hay transmisión del bien y, en su caso, transmisión del dinero.

24. De acuerdo con el “principio de abstracción”, la mutación jurídico-real está desconectada de una causa y se basa únicamente en el acuerdo real y la transmisión del bien<sup>35</sup>. Los dos negocios son independientes uno del otro tanto en su origen como en su existencia, así que la nulidad del negocio jurídico obligacional no afecta a la eficacia de la mutación jurídico-real<sup>36</sup>.

25. El § 873 BGB es la norma fundamental en la regulación de las disposiciones sobre un bien inmueble<sup>37</sup>, dado que fija los dos requisitos necesarios para transmitir o adquirir un derecho relacionado con un bien inmueble: el acuerdo y la inscripción. Según percepción general, estos elementos son tanto independientes como equivalentes en su trascendencia jurídica al provocar la modificación jurídico-real<sup>38</sup>.

26. La citada norma refleja el concepto básico para transmitir un derecho real, regulado en el § 929 BGB, trasladándolo al ámbito de los bienes inmuebles<sup>39</sup>. En principio el § 873 recoge el mismo concepto que el § 929 BGB, pero § 929 es la norma general que se refiere a la transmisión de cualquier derecho real mientras que § 873 se refiere explícitamente al ámbito de los bienes inmuebles; o sea § 929 requiere acuerdo y entrega; y el § 873 requiere acuerdo e inscripción.

27. Las partes han de llegar a un acuerdo real, expresando el transmitente su voluntad de enajenar y el adquirente su voluntad de adquirir el derecho real<sup>40</sup>. Debido al “principio de separación” que, como ya se ha indicado, caracteriza al Derecho civil alemán, el “acuerdo”, en el sentido del § 873 BGB es ajeno a éste, al que las partes llegan cuando celebran el negocio jurídico constitutivo de la obligación, y se refiere por tanto exclusivamente a la producción de la modificación jurídico-real<sup>41</sup>. Tampoco equivale al consentimiento de inscripción del § 29 GBO, que las partes han de prestar ante la autoridad competente que lleva el Registro –aunque pueden ser efectuados simultáneamente– sino que representa un contrato real autónomo que va dirigido al cambio jurídico-real<sup>42</sup>.

28. Únicamente en la transmisión de la propiedad de un inmueble, se requiere una determinada formalización del acuerdo (“*Auflassung*”, § 925 BGB)<sup>43</sup>. En los demás supuestos, rige la libertad de forma.

29. La transmisión no se efectúa con la sola voluntad de las partes sino que requiere la coincidente inscripción en el Grundbuch; “coincidente” porque el contenido de la inscripción ha de ser congruente

<sup>34</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 1; J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, 18, cit. § 5 apdo 40.

<sup>35</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, N°1, 2001, p. 28.

<sup>36</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 5 apdo 41.

<sup>37</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit. § 873 apdo 1.

<sup>38</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 12.

<sup>39</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit. § 873 apdo 2.

<sup>40</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 19 apdo 9.

<sup>41</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit. § 873 apdos 3 y 50; H. P. WESTERMANN / A. STAUDINGER, *BGB-Sachenrecht*, 13. Auflage, München, 2017, apdo 362.

<sup>42</sup> O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 79. Auflage, München 2020, § 873 apdo 9.

<sup>43</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 13.

con el contenido del acuerdo<sup>44</sup>. Aunque el acuerdo de las partes en sí, de conformidad con el § 873 II BGB, es obligatorio, no produce efectos jurídico-reales sin la práctica de la inscripción<sup>45</sup>. La inscripción es el elemento que da publicidad a la mutación jurídico-real, haciéndola cognoscible para terceros<sup>46</sup>.

## B) En España: teoría del título y el modo

30. En el Derecho español, la transmisión de cosas corporales, la adquisición derivativa de éstas sigue el sistema tradicional del título y el modo, que, teniendo su raíz en el Derecho Romano, está regulado en el art. 609 CC<sup>47</sup>. El art. 1095 CC complementa el citado precepto al establecer que el acreedor “no adquirirá derecho real sobre ella [la cosa] hasta que le haya sido entregada”<sup>48</sup>.

31. En este sentido, el “título” es el contrato antecedente por el cual las partes consienten la transmisión de una cosa, que, siempre que sea existente y válido, representa la justa causa para la transmisión<sup>49</sup>. Es un negocio jurídico causal que, por sí solo, genera un derecho de crédito, sin que su conclusión baste para producir la adquisición<sup>50</sup>. Si este negocio precedente es, por ejemplo, un contrato de compraventa, el vendedor, tal como indica el art. 1145 CC, se obliga a entregar la cosa vendida al comprador y el adquirente a aportar la contraprestación.

32. Puesto que el pacto en sí no tiene efectos jurídico-reales, no es suficiente para concluir la transmisión, sino que requiere adicionalmente la ejecución del modo, es decir, la tradición de la cosa transmitida<sup>51</sup>. Este acto, el “modo”, es el segundo requisito de la transmisión. La tradición está compuesta por dos aspectos: el *corpus* y el *animus*. Significa que, además de la entrega real, las partes deben estar de acuerdo sobre la misma y expresar su intención o voluntad de transferir y de aceptar la transferencia respectivamente<sup>52</sup>.

33. El modo originario de “tradición real” consiste en la entrega o traspaso de la cosa y la consiguiente toma en poder y posesión por parte del adquirente, con ánimo de transmitir y adquirir el dominio, cumpliendo así su función de ser “signo de reconocibilidad”<sup>53</sup>. Alternativamente, los bienes inmuebles pueden ser transmitidos por la entrega de llaves (art. 1463 CC), siendo la tradición simbólica, o a través de la “tradición instrumental”, prevista en el art. 1462 II CC, al que remite el art. 1464 CC<sup>54</sup>. Establece dicho precepto que cuando se formaliza la compraventa en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa, salvo que se estableciese lo contrario<sup>55</sup>.

<sup>44</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 21.

<sup>45</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit. § 873 apdo 93.

<sup>46</sup> H. P. WESTERMANN / A. STAUDINGER, *BGB-Sachenrecht*, cit. apdo 362.

<sup>47</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 56; B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, 4. Auflage, Frankfurt a.M., 1993, p. 26.

<sup>48</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt a.M., 1985, p. 63.

<sup>49</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 62.

<sup>50</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 22 1; J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 56.

<sup>51</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 56.

<sup>52</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 22 1.

<sup>53</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 58; J. SÁNCHEZ CEBRIÁN, “La teoría general de la transmisión de bienes y el registro de la propiedad en España”, *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, N° 30, Barranquilla, 2008, p. 13.

<sup>54</sup> J. R. VERDA Y BEAMONTE / A. SERRA RODRÍGUEZ / M. L. ATIENZA NAVARRO, *Derecho civil III (Derechos reales)*, cit. p. 59.

<sup>55</sup> B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, 4. Auflage, Frankfurt a.M., 1993, p. 26.

34. Por consiguiente, un bien inmueble puede ser transmitido por la formalización en escritura pública del contrato de compraventa, siendo el contrato formalizado el título y el otorgamiento de la escritura pública el modo previsto por el art. 1462 II CC<sup>56</sup>.

### C). Resultado de la comparación del derecho material

35. En el Derecho español la tradición, que está configurada como una figura causal, se legitima en la existencia de una causa, o sea, de una razón de ser. Por ello, el antes mencionado título es imprescindible para operar la transferencia. Al ser así, el sistema español se diferencia fundamentalmente del sistema alemán en el sentido de que en este último la esfera obligatoria y la real están estrictamente separadas y desconectadas<sup>57</sup>.

## 2. Aspectos Formales del Registro de la Propiedad

### A) Organización y estructura en Alemania y España

36. En Europa existen dos sistemas históricos distintos de organización formal del Registro. El sistema del folio real, de tradición germánica, y el sistema personal, de origen romano<sup>58</sup>.

37. El Grundbuch es el modelo del Derecho germánico y se organiza sobre la base del folio real<sup>59</sup>. Esto significa que cada finca tiene su propio folio en el cual se publican todos los derechos relacionados con la misma (§ 3 GBO), tales como: la titularidad, posibles cargas y gravámenes, servidumbres, etc<sup>60</sup>. El “folio”, compuesto por doce páginas, está encabezado por los datos relativos a la identificación del inmueble y luego dividido en tres secciones. La primera se dedica a las relaciones de propiedad, el derecho real más fuerte<sup>61</sup>, la segunda a cargas y limitaciones, y la última a hipotecas y gravámenes pecuniarios semejantes<sup>62</sup>. Todos los derechos se registran por orden cronológico<sup>63</sup>. Al seguir siendo visibles y constatables los derechos eliminados, el folio real crea un historial de la finca. El folio refleja el estado actual de cada inmueble y permite, por lo tanto, extraer fácilmente toda la información jurídica relevante<sup>64</sup>.

38. En España el Registro de la Propiedad es llevado en dos libros: el de Inscripciones, que es el verdadero Registro, y el Diario, en el cual se practican los asientos de presentación<sup>65</sup>. El sistema español, que integra elementos tanto del sistema romano como del sistema germánico<sup>66</sup>, opta también por la organización por fincas, el sistema del folio real (art. 9 LH). Las fincas son objetos duraderos, fijos, naturalmente visibles y tangibles, de manera que presentan un buen eje en torno al cual gira la institución registral<sup>67</sup>.

<sup>56</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, 8ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 48.

<sup>57</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, cit. p. 46.

<sup>58</sup> C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. pp. 567 y 571.

<sup>59</sup> A. MANZANO SOLANO, “Las instituciones registrales en los países occidentales”, en DÍAZ FRAILE (coord.), *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, p. 586.

<sup>60</sup> J. KUNTZE / R. ERTL / H. HERRMANN / D. EICKMANN, *GRUNDBUCHRECHT: Kommentar Zu Grundbuchordnung Und Grundbuchverfügung Einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung*, cit. § 3, apdo 2.

<sup>61</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 66.

<sup>62</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 18.

<sup>63</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 66.

<sup>64</sup> C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. pp. 567 y 571.

<sup>65</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 141 4.

<sup>66</sup> A. MANZANO SOLANO, “Las instituciones registrales en los países occidentales”, en DÍAZ FRAILE (coord.), *Estudios de Derecho Europeo Privado*, cit. p. 611.

<sup>67</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 38.

Cada finca se inscribe en un folio aparte y con un número especial y correlativo (art. 8 LH)<sup>68</sup>. El primer ingreso de una finca al Registro requiere su inmatriculación, en virtud de la cual se identifica la finca por sus características de hecho, la descripción física y geográfica del inmueble<sup>69</sup>. Todos los títulos que alteran los derechos inmobiliarios o las titularidades de los mismos, se inscriben sucesivamente con número consecutivo en la única sección del folio (art. 243 LH)<sup>70</sup>. La continuidad proviene siempre del último título inscrito, pudiendo, quien consulte el Registro para conocer la situación de un inmueble, guiarse por el historial de los asientos de inscripción practicados en el folio<sup>71</sup>.

## B) Requisitos formales de la inscripción en Alemania y España

39. En Alemania existen varios requisitos para que la oficina del Registro proceda a la inscripción. En primer lugar, una de las partes del negocio jurídico, el transmitente o el adquirente, tiene que solicitar la inscripción (§ 13 GBO)<sup>72</sup>. De acuerdo con el § 19 GBO, el transmitente o disponente tiene que prestar su autorización con la inscripción ante la oficina<sup>73</sup>. Esta autorización no equivale a la declaración de voluntad en el acuerdo real. Finalmente, en atención al “principio de inscripción previa”, fijado en el § 39 GBO, es imprescindible que quien pretenda transmitir su derecho sea titular registral y esté así legitimado para realizar la disposición<sup>74</sup>. En base al “principio de legalidad”, el Registrador de la Propiedad comprobará la presencia de los requisitos de los §§ 19, 20, 29 GBO, para que el Registro no contengan incorrecciones. No obstante, su poder de control se limita a errores evidentes<sup>75</sup>.

40. En España, conforme al “principio de rogación”, el Registro de la Propiedad solo practica el asiento de inscripción a petición de una persona legitimada. El art. 6 LH establece que puede ser a instancia de las partes o de otra persona interesada en la publicidad del derecho. La petición debe estar acompañada por la presentación del título, cuyo ingreso al Registro se pretende y debe constar en documento público<sup>76</sup>. Aparte de ello, si el acto trata de disponer de un derecho, es necesario que el transmitente conste en el Registro como titular del mismo<sup>77</sup>. Es el llamado “principio del tracto sucesivo” regulado en el art. 20.1 y 2 LH<sup>78</sup>. Recibida una petición, el Registrador debe primero extender un asiento de presentación en el libro Diario, señalando el momento de la misma (día y hora). A la luz del “principio de prioridad” del art. 24 LH, el primero en presentar será el primero inscrito<sup>79</sup>. Además, a raíz del “principio de legalidad”, solamente deben acceder al Registro los documentos que la ley permite<sup>80</sup>. Durante un plazo fijado legalmente, el Registrador debe comprobar el cumplimiento de los requisitos, comunicar al solicitante los posibles errores subsanables, y, en su caso, realizar el asiento solicitado en el libro de Inscripciones<sup>81</sup>.

<sup>68</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 39.

<sup>69</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 143 2; J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 58.

<sup>70</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 141 5; J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 57; F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 38.

<sup>71</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 146 1; J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 58; B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit., p. 41.

<sup>72</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 ap. 35.

<sup>73</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 ap. 36.

<sup>74</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 ap. 39.

<sup>75</sup> BayObLG NJW-RR 1989, 910.

<sup>76</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 145 2 y § 149 1.

<sup>77</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 145 2.

<sup>78</sup> G. DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, “El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad”, cit., pp. 49, 58.

<sup>79</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 149 2; B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 42.

<sup>80</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 149 3.

<sup>81</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 149 3; B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 42.

### C) Publicidad Formal en Alemania y España

41. La publicidad formal, que se refiere a la accesibilidad de la información a las personas interesadas en el tráfico jurídico, es un elemento clave para que el Registro pueda cumplir con su finalidad de publicidad material<sup>82</sup>.

42. Existe una relación recíproca estrecha entre este aspecto del derecho registral formal y el derecho registral material, dado que sin la posibilidad de consultar y conocer los asientos registrales no hay fe pública registral y, al revés, no hay fe pública sin posibilidad de conocimiento<sup>83</sup>. Esto muestra que las decisiones legislativas adoptadas en el marco de la configuración del derecho registral material han de encontrar su reflejo en el derecho registral formal<sup>84</sup>.

43. En Alemania el art. 12 GBO establece la posibilidad de consultar el Grundbuch para llegar a conocer el estado jurídico de un bien inmueble<sup>85</sup>. El Grundbuch es el medio que proporciona fiablemente toda la información relevante<sup>86</sup>. Aun así, no se trata de una publicidad formal absoluta, tal como ocurre en el Registro Mercantil, sino que se limita el derecho a consultar a las personas que demuestren tener un interés legítimo en tal conocimiento<sup>87</sup>. La restricción busca evitar consultas excesivas e innecesarias y, además, proteger los intereses de discreción respecto a la situación económica y a los datos personales de las personas inscritas<sup>88</sup>. El funcionario de la oficina registral es quien decidirá sobre la legitimidad del interés reclamado, pudiendo este ser tanto de naturaleza jurídico-privada, económica, real, pública o incluso científica<sup>89</sup>. Aunque la restricción pretende, entre otras cosas, proteger el interés de discreción de las personas inscritas, ellas quedan al margen del proceso de decisión<sup>90</sup>.

44. Los legitimados para consultar el Grundbuch están igualmente legitimados para solicitar una copia simple o una copia certificada que refleje el contenido exacto del mismo<sup>91</sup>. Mientras que una inexactitud en la copia simple no trae consigo ninguna consecuencia, los errores en la copia certificada pueden desencadenar una responsabilidad de resarcimiento del Estado<sup>92</sup>.

45. Por su parte, en España, el art. 221 LH aclara que “los registros serán públicos”. Sin embargo, debido a la protección de los datos de carácter personal y del derecho a la intimidad, al igual que en el derecho alemán, para poder consultar el Registro, el solicitante debe acreditar tener un interés legítimo<sup>93</sup>. Para acreditar tal interés, se requiere que el conocimiento que pretende sea de alguna importancia patrimonial para el solicitante, como lo es, por ejemplo, pretender adquirir un derecho real<sup>94</sup>. El Registrador será quien decida si el motivo expresado es de carácter patrimonial y si, consiguientemente, es conforme a la finalidad del Registro<sup>95</sup>.

<sup>82</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 221; L. J. ARRIETA SEVILLA, “La finca registral como objeto del registro de la propiedad”, cit. 29-48.

<sup>83</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 39.

<sup>84</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 40.

<sup>85</sup> H. P. WESTERMANN / K. H. GURSKY / D. EICKMANN, *Sachenrecht*, 8. Auflage, Heidelberg, 2011, § 67 apdo 21.

<sup>86</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 19.

<sup>87</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 40.

<sup>88</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 29; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 13 apdo 8.

<sup>89</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdos 29 y ss.; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 13 apdo 8.

<sup>90</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo. 43.

<sup>91</sup> H. SCHÖNER / K. STÖBER, *Grundbuchrecht – Handbuch der Rechtspraxis*, Band 4, 15. Auflage, München, 2012, apdos 535 y ss.

<sup>92</sup> J. DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, 31. Auflage, München 2018, § 12 apdos 25 y 29.

<sup>93</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 91.

<sup>94</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 222.

<sup>95</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 91.

46. Para quienes demuestren tener un interés legítimo, lícito y patrimonial, el Derecho registral ha de prever medios a través de los cuales éstos puedan llegar a conocer el contenido de los asientos<sup>96</sup>. El art. 222.1 LH regula la exhibición de los libros, es decir la inspección del Registro en la parte necesaria sin salir los libros de la oficina. La nota simple informativa, regulada en el art. 222.5 LH, debe reflejar fielmente los datos relevantes contenidos en el Registro, correspondiendo a una reproducción literal o a un extracto del contenido. Tiene valor solo informativo y carece de calidad jurídica (art. 332 RH)<sup>97</sup>. Otra posibilidad es la certificación, prevista en los arts. 223 y ss. LH, consistente en un traslado del contenido del Registro confeccionado por el Registrador bajo fe. La certificación es un documento público y el único medio con el cual el interesado puede acreditar la presencia o ausencia de gravámenes en los inmuebles<sup>98</sup>.

### 3. Derecho inmobiliario material en Alemania

#### A) Valor y efectos de la inscripción

47. De conformidad con los §§ 873 y 875 BGB la inscripción en el Grundbuch es requisito para la generación de una mutación de orden jurídico-negocial<sup>99</sup>. Sin embargo, la inscripción por sí tampoco es suficiente para provocar la modificación<sup>100</sup>. En vez de ello, aunque por regla general no ha de ser acreditado ante el Registrador de la Propiedad, se requiere la existencia del acuerdo real, cuyo contenido sea coincidente en todos aspectos con el contenido de la inscripción<sup>101</sup>.

48. El orden cronológico no tiene relevancia, solo cuenta que a partir de algún momento, ambos requisitos concurren simultáneamente<sup>102</sup>. Al formar parte siempre del proceso de transmisión y ser necesario para provocar la consecuencia jurídica deseada, la inscripción registral tiene un valor constitutivo para la mutación jurídico-real<sup>103</sup>. Es el acto de perfeccionamiento que concluye la adquisición del derecho<sup>104</sup>. El Derecho registral alemán impone el principio de la inscripción constitutiva<sup>105</sup>.

49. De lo anterior se desprende que el Grundbuch desempeña una función esencial en cualquier cambio jurídico-real: sea una transmisión, un gravamen o la modificación o eliminación de un derecho (§§ 873, 875, 877 BGB). La inscripción en el Grundbuch es hecho generador.

50. Al mismo tiempo, constituye la publicidad para que la mutación jurídico-real sea cognoscible externamente<sup>106</sup>. La inscripción sustituye, por ende, la tradición, que se lleva a cabo en el derecho mobiliario, según § 929 BGB<sup>107</sup>.

51. Considerando la necesidad innegociable de la inscripción, resulta claro que ésta no se deja a la autonomía de las partes, sino que es en todo caso obligatoria. Si se omite la práctica de la inscripción, el derecho no nace.

<sup>96</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 152; F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 221.

<sup>97</sup> FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 93; F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, *Manual de derecho inmobiliario registral*, cit. p. 224.

<sup>98</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 152.

<sup>99</sup> R. LEMKE, *Kommentar Immobilienrecht*, 2. Auflage, Köln, 2016, § 873 BGB apdos 1 y 17.

<sup>100</sup> J. DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, cit. § 13 apdo 10.

<sup>101</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 17 apdo 21.

<sup>102</sup> J. DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, cit. § 13 apdo 11.

<sup>103</sup> J. HOLZER / A. KRAMER, *Grundbuchrecht*, cit. apdo 101.

<sup>104</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 12.

<sup>105</sup> A. MANZANO SOLANO, “Las instituciones registrales en los países occidentales”, cit. p. 591.

<sup>106</sup> H. KOLLHOSSER, “Das Grundbuch – Funktion, Aufbau, Inhalt”, *Juristische Ausbildung*, 1984, pp. 558; J. KUNTZE / R. ERTL / H. HERRMANN / D. EICKMANN, *GRUNDBUCHRECHT: Kommentar Zu Grundbuchordnung Und Grundbuchverfügung Einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung*, cit. A 11; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 13 apdo 38; H. P. WESTERMANN / A. STAUDINGER, *BGB-Sachenrecht*, cit. apdo 362.

<sup>107</sup> H. P. WESTERMANN / A. STAUDINGER, *BGB-Sachenrecht*, cit. apdo 362.

52. Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, el BGB establece algunas excepciones a la inscripción constitutiva<sup>108</sup>. En ciertos supuestos se otorga prioridad a la causa que origina la mutación jurídico-real sobre el principio de la inscripción constitutiva, provocándose la disposición fuera del Grundbuch<sup>109</sup>. Ejemplos de ellos, son la sucesión universal o la adjudicación del bien por subasta. Como resultado de la disposición extra-registral, el contenido del Registro es inexacto al no reflejar el derecho inmediatamente en el momento de su nacimiento<sup>110</sup>. El legislador, en vez de obligar al adquirente, introduce elementos legales beneficiosos que motivarán la inscripción posterior de los cambios, pretendiendo con ello recuperar la exactitud registral para que refleje en todo momento la situación de propiedad real y guarde el principio de publicidad.

53. La mayor razón para proceder a la inscripción lo antes posible es el riesgo de la pérdida del derecho, que emana de la posible adquisición por un tercero de buena fe mientras que el titular legítimo no esté inscrito en dicho Registro<sup>111</sup>. A su vez, encontramos otros preceptos legales que promueven la inscripción igualmente; entre ellos, los §§ 19, 39 I GBO, que establecen la necesidad imperiosa de estar inscrito como titular legítimo en el Registro para poder disponer sobre el derecho<sup>112</sup>.

## B) Fe pública registral

54. El Grundbuch no se limita a registrar los derechos<sup>113</sup>. Su contenido crea una apariencia jurídica convirtiendo al Registro en un soporte de fe pública, al intervenir el Estado en la inscripción de derechos<sup>114</sup>. Se podría argumentar que la garantía de exactitud del Registro nace ya gracias al efecto constitutivo de la inscripción<sup>115</sup>. No obstante, como ya se ha indicado, hay casos que provocan una inexactitud del Registro, por lo menos temporal, cuando la mutación jurídico-real se genera fuera del mismo. Aparte de esto, tampoco puede excluirse que puedan surgir ciertos errores en el negocio jurídico o simplemente en la práctica de la inscripción, que igualmente pueden traer consigo una inexactitud registral<sup>116</sup>. Pese al alto grado de coherencia entre la situación registral y la situación real característico del sistema registral alemán, no es posible garantizar en todo momento la exactitud de un asiento. Son estas situaciones de discordancia las que exigen del Registro ir más allá de ser un medio meramente informativo para el tráfico jurídico, al complementarse por la fe pública registral<sup>117</sup>.

55. La presunción de exactitud del § 891 BGB. Uno de los efectos que deriva del principio de la fe pública registral es la presunción de exactitud<sup>118</sup>. Salvo en el caso de que el asiento fuera nulo, se presume que un derecho inscrito existe, según el § 891 I BGB, y que un derecho eliminado ya no existe, según el § 891 II BGB<sup>119</sup>. La presunción opera tanto para el Registrador de la Propiedad como para los participantes del tráfico jurídico<sup>120</sup>.

56. Sin embargo, el § 891 BGB es una norma de trascendencia solamente procesal<sup>121</sup>. Impone la carga de la prueba a la parte que pretenda derivar derechos de tal inexactitud, y gana por lo tanto es-

<sup>108</sup> K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 13 apdo 15.

<sup>109</sup> C. S. RUPP, "Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen", cit. pp. 567 y 578.

<sup>110</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 18 apdo 4.

<sup>111</sup> C. S. RUPP, "Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen", cit. pp. 567 y 578.

<sup>112</sup> C. S. RUPP, "Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen", cit. pp. 567 y 579.

<sup>113</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 23 I.

<sup>114</sup> K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 13 apdo 38.

<sup>115</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, 4. Auflage, Baden-Baden 2015, § 4 apdo 15.

<sup>116</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 4 apdo 15.

<sup>117</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 23 I.

<sup>118</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 4 apdo 11, § 8 apdo 7; J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 23 apdo 1.

<sup>119</sup> J. DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, cit. § 13 apdo 15; *Wilsch*, GBO, apdo 13.

<sup>120</sup> H. WILSCH, *Grundbuchordnung für Anfänger*, cit. apdo 13.

<sup>121</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 8 apdo 7.

pecial importancia cuando es imposible clarificar la situación jurídico-real<sup>122</sup>. Al permitir la prueba en contrario, el § 891 BGB establece una presunción *iuris tantum*<sup>123</sup>.

**57.** La protección de la buena fe del § 892 BGB. El tráfico jurídico inmobiliario debe poder confiar en la seguridad y veracidad de lo que publica el Registro, siendo éste el objetivo principal del Grundbuch<sup>124</sup>. Cuando el Registro es inexacto, el adquirente que confía en lo que aparece en el mismo, ha de ser protegido ante la situación real que no está inscrita<sup>125</sup>. Sin tal protección, la importancia del Grundbuch quedaría desacreditada. Dado que la presunción de exactitud carece de efectos legales materiales, el § 891 BGB por sí no basta para proteger el tráfico jurídico. El Grundbuch eleva la situación registralmente publicada, la apariencia jurídica, a una realidad fingida, y así protege a los participantes del tráfico jurídico que actúan sin conocimiento de la inexactitud registral<sup>126</sup>. Los adquirentes que actúan con buena fe, serán protegidos ante reclamaciones fundamentadas en la verdadera situación jurídico-real, pero no inscrita en el Grundbuch<sup>127</sup>.

**58.** Mientras que el § 891 BGB se limita a crear una presunción positiva de exactitud tanto de las inscripciones como de las cancelaciones, el § 892 BGB está acompañado por una presunción negativa, según la cual se presumen los derechos y gravámenes no inscritos como no existentes<sup>128</sup>. En otras palabras, cabe confiar en el silencio del Registro ya que el citado artículo establece una presunción de exactitud y de integridad<sup>129</sup>.

**59.** El bien inmueble y los derechos reales que el adquirente pretende adquirir están inscritos<sup>130</sup>. La protección parte justamente de una inscripción registral, reflejando una determinada situación jurídico-real que, pese a no estar conforme a la realidad, es decir, pese a ser inexacta, provoca una apariencia jurídica<sup>131</sup>.

**60.** El adquirente y el titular registral que celebran el negocio jurídico dispositivo oneroso, tienen que ser personas distintas. No se aplica el § 892 BGB a disposiciones que derivan de supuestos legales de sucesión.

**61.** El elemento clave es la buena fe. El adquirente ha de confiar justamente en la exactitud del contenido registral y actuar sobre su base. Solo un conocimiento positivo de la inexactitud excluye la buena fe del adquirente<sup>132</sup>. En comparación con el § 932 BGB, que prevé la adquisición de una cosa mueble del no legitimado, las exigencias de la buena fe son más bajas, resultando en un nivel elevado de protección para quién confía en el Registro<sup>133</sup>. Cabe justificarlo con la fe pública registral que implica una fiabilidad mayor que la posesión.

**62.** No es necesario que el adquirente haya visto de hecho el asiento registral<sup>134</sup>. Se le protege incluso si no tenía conocimiento del contenido registral. La razón está en que el legislador no sola-

<sup>122</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 23 I; K. STÖBER, *GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht*, 2. Auflage, München, 1998, § 1 apdo 67.

<sup>123</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 8 apdo 1; K. VIEWEG / A. WERNER, *Sachenrecht*, cit. § 13 apdos 8 y 39; K. STÖBER, *GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht*, cit. § 1 apdo 67.

<sup>124</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 8 apdo 7.

<sup>125</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, § 892 apdo 2.

<sup>126</sup> J. HOLZER / A. KRAMER, *Grundbuchrecht*, cit. apdo 104.

<sup>127</sup> J. HOLZER / A. KRAMER, *Grundbuchrecht*, cit. apdo 107.

<sup>128</sup> H. SCHÖNER / K. STÖBER, *Grundbuchrecht – Handbuch der Rechtspraxis*, cit. § 1 apdo 79.

<sup>129</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, § 892 apdo 1; K. STÖBER, *GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht*, cit. § 1 apdo 79; J. HOLZER / A. KRAMER, *Grundbuchrecht*, cit. apdo 104.

<sup>130</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, § 892 apdo 4.

<sup>131</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, § 892 apdo 4.

<sup>132</sup> BGH NJW-RR 2013, 789.

<sup>133</sup> H. KOLLHOSSER, “Das Grundbuch – Funktion, Aufbau, Inhalt”, cit. p. 558.

<sup>134</sup> BGH NJW 1980, 2413, 2414.

mente pretende proteger al adquirente de buena fe, sino que además estima razonable que el verdadero legitimado, el cual haya omitido rogar la inscripción pese a tener la posibilidad, pierda su derecho y su posición jurídico-real<sup>135</sup>.

**63.** La aplicación del § 892 BGB queda excluida si en el asiento se encuentra inscrita alguna contradicción, dado que la finalidad de ésta consiste en invalidar la presunción de exactitud inherente al § 892 BGB<sup>136</sup>.

**64.** Si todos los requisitos están cumplidos, el adquirente de buena fe lo hace con el alcance y las limitaciones derivadas del Registro. Por consiguiente, cabe decir que la apariencia jurídica sustituye a la realidad<sup>137</sup>. Por un lado, el adquirente se convierte positivamente en el titular legítimo del derecho erróneamente inscrito<sup>138</sup>. Por otro lado, en el sentido negativo, el tercero adquiere el derecho libre de todos gravámenes y cargas inscribibles, pero no inscritos o erróneamente eliminados<sup>139</sup>. Cuando el adquirente de buena fe esté inscrito como nuevo titular del derecho, termina la inexactitud del Registro<sup>140</sup>.

**65.** De esta manera el que adquirió el derecho de un transmitente ilegítimo es ahora su dueño legítimo. El anterior titular no inscrito no tiene ninguna posibilidad de oponerse a la pérdida de su derecho, al no permitirse prueba de lo contrario, o sea, de la inexactitud registral (presunción *iuris et de iure*). En su caso, puede reclamar una indemnización al que transmitió el derecho pese a carecer del poder de disposición<sup>141</sup>.

## 4. Derecho inmobiliario material en España

### A) Valor y efectos de la inscripción

**66.** Correspondiendo al sistema del título y el modo, los requisitos para realizar una transmisión de un derecho real inmobiliario son el previo negocio jurídico-obligacional y la tradición (art. 609 CC). Con la tradición, consistente en la toma de posesión del bien o en la formalización del contrato notarialmente, concluye el proceso de transmisión. No es preciso acudir al proceso de inscripción registral, dado que la mutación jurídico-real se provoca con independencia del Registro. Por eso, la inscripción no es condición intrínseca para el nacimiento del derecho<sup>142</sup>. Tampoco se impone la inscripción extrínsecamente, por ejemplo, por supeditar la existencia del derecho a la formalidad de la inscripción. Se podría hablar de un “principio de no inscripción”<sup>143</sup>. El Registro se mantiene alejado de la constitución del derecho, no siendo la inscripción necesaria para que la transmisión sea plenamente eficaz *inter partes*.

**67.** En el Derecho español, la inscripción no es hecho generador de la transmisión, ni puede sustituir la tradición<sup>144</sup>. El hecho generador es la tradición, por lo cual la inscripción de una mutación jurídica en el Registro de la Propiedad es siempre y de todas formas un acto posterior a la transmisión del

<sup>135</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 8 apdo 9.

<sup>136</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, §892 apdo 40.

<sup>137</sup> R. WEBER, *Sachenrecht II – Grundstücksrecht*, cit. § 8 apdo 8.

<sup>138</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, §892 apdo 70.

<sup>139</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, §892 apdo 70.

<sup>140</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, München, 2020, §892 apdo 69.

<sup>141</sup> WELLENHOFER, M., *Sachenrecht*, cit. § 19 apdo 32.

<sup>142</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 53.

<sup>143</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 42.

<sup>144</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 106.

derecho e independiente de la misma<sup>145</sup>. Cabe, consecuentemente, decir que “los derechos se publican porque existen, no existen porque se publiquen”<sup>146</sup>.

**68.** Sin embargo, la ley prevé algunos supuestos en los que la inscripción adquiere excepcionalmente carácter constitutivo<sup>147</sup>. Sirve como ejemplo el art. 1875 CC, que, para la constitución de una hipoteca sobre una finca, impone como necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>148</sup>.

**69.** Un derecho inscribible es un derecho ya nacido y existente, que se basa en un negocio jurídico vigente. Por tanto, la doctrina científica mayoritaria califica la inscripción como “declarativa”<sup>149</sup>.

**70.** Sin cuestionar el efecto declarativo de la inscripción, GORDILLO CAÑAS opina que lo que las partes quieren cuando solicitan la inscripción, no es simple y genéricamente declarar la existencia de su derecho, sino que más allá o más específicamente tienen la intención de que terceros interesados tengan conocimiento del derecho real. Entonces, al inscribir el derecho, las partes reafirman su existencia y le dan cognoscibilidad legal con todos los efectos que estén ligados a esta publicación<sup>150</sup>. Por las consecuencias legales que la inscripción provoca, el autor citado prefiere decir que tiene efecto publicador<sup>151</sup>.

**71.** La inscripción registral se define como un acto cuya realización queda en principio a la libre decisión de las partes<sup>152</sup>. Salvo algunas excepciones, no existen preceptos que establezcan una obligación de inscripción o que impongan un deber de inscripción cuyo incumplimiento fuera sancionable<sup>153</sup>. En su lugar, son exclusivamente las partes las que deciden si quieren publicar la mutación jurídico-real en el Registro o no. La inscripción es por ello voluntaria. El efecto solo declarativo de la inscripción es presupuesto para su voluntariedad ya que una inscripción constitutiva nunca puede ser voluntaria<sup>154</sup>.

**72.** Sin embargo, se podría decir que la “voluntariedad” es una noción relativa. O dicho más claramente: que el legislador puede promover tal voluntariedad al conectar consecuencias a la inscripción o no inscripción.

**73.** A pesar de la no necesidad de la inscripción para constituir el derecho, el Registro de la Propiedad debe servir como medio fiable para cumplir con el principio de la publicidad. Debe así facilitar a los participantes del tráfico jurídico la posibilidad de conocer el estado en el que un bien inmueble se encuentra, y otorgar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. Un Registro que solo publica una pequeña fracción de los derechos reales inmobiliarios no cumple esta función<sup>155</sup>.

**74.** Con la intención de asegurar el buen funcionamiento, el legislador introdujo incentivos legales conectando consecuencias jurídicas beneficiosas a la inscripción y perjudiciales a la no inscripción

<sup>145</sup> B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 41.

<sup>146</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 58.

<sup>147</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 97.

<sup>148</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 23 8. y §123 1.

<sup>149</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 142 2; C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romantisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. 567 y 577.

<sup>150</sup> B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 41.

<sup>151</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 13.

<sup>152</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 142 1.

<sup>153</sup> B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 41.

<sup>154</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 13.

<sup>155</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 70.

de un derecho<sup>156</sup>. Como ejemplo sirve el art. 313 LH, que establece la necesidad de inscribir ciertos documentos para que sean admitidos como medio de prueba ante una autoridad judicial<sup>157</sup>. De tal manera, recomienda a las partes que procedan a la inscripción de la mutación jurídico-real<sup>158</sup>. Generalmente, las partes inscriben su derecho por un doble interés: para reflejar la realidad inmobiliaria y para generar su apariencia jurídica<sup>159</sup>. En este contexto, una parte de la doctrina dice que la inscripción es más bien una carga de quien adquiere un derecho<sup>160</sup>.

**75.** Un derecho real tiene eficacia *erga omnes*, debido a lo cual el titular real puede hacer valer su derecho frente a todo el mundo y no solo frente a aquél que le transmitió el derecho. Esta oponibilidad está estrechamente relacionada con el principio de publicidad. Siendo el Registro el medio de publicidad, la no inscripción provoca consecuencias jurídicas en cuanto a la eficacia *erga omnes* del derecho inscribible.

**76.** En primer lugar, la inscripción evita que quien inscribe su derecho o la mutación jurídica, pueda ser perjudicado o que le pueda ser opuesto cualquier acto generador de un derecho incompatible con el suyo<sup>161</sup>. Se refiere al “principio del cierre registral” del art. 17.1º LH. El principio impide que un derecho de igual o anterior fecha pueda acceder al Registro cuando se oponga o sea incompatible con un título traslativo o declarativo del dominio ya inscrito porque transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real<sup>162</sup>. El Registro queda cerrado para actos anteriores incompatibles, no pudiendo el titular del derecho inscrito ser perjudicado en su posición, dado que el titular del derecho no inscrito no tendrá manera de hacerlo valer<sup>163</sup>. Cabe decir que la ley da preferencia a este adquirente o titular real que es el primero en inscribir<sup>164</sup>.

**77.** El titular queda legitimado *erga omnes* para ejercitar y hacer valer el derecho inscrito (art. 32 LH). Un derecho inscrito no puede ser ignorado por el tráfico jurídico, ya que será oponible en todo caso y frente a todo el mundo. Puede, a primera vista, provocar la impresión de que la inscripción registral es el tercer elemento esencial para constituir la eficacia *erga omnes* de los derechos reales inmobiliarios.<sup>165</sup> No obstante, por lo general, no es preciso ya que la eficacia absoluta es una característica inherente a todo derecho real<sup>166</sup>. En vez de ello, sería más exacto decir que la eficacia *erga omnes* queda paralizada mientras el derecho no esté inscrito porque la omisión de la inscripción excluye en determinados supuestos la facultad del titular de oponer su derecho frente a todo el mundo. Más precisamente, los no concededores de la existencia del derecho pueden alegar la imposibilidad de conocerlo basada en la falta de inscripción. En relación con terceros no concededores, el titular extra-registral no tendrá la posibilidad de oponerle su derecho; el derecho real es por lo tanto parcialmente privado de su eficacia *erga omnes*<sup>167</sup>.

<sup>156</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 9.

<sup>157</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 142 1.

<sup>158</sup> B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 41.

<sup>159</sup> B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 41.

<sup>160</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 68.

<sup>161</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 9.

<sup>162</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 146 3.

<sup>163</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 146 3 y ss.

<sup>164</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 61, N° 3, 2008, pp. 1057-1216, p. 1155.

<sup>165</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 66.

<sup>166</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 16.

<sup>167</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 16.

77. Al mismo tiempo, y esto es importante ser realizado, frente a los terceros conocedores de la existencia del derecho y de su pertenencia a un determinado titular, éste ya tiene plena eficacia erga omnes y puede ser opuesto, pese a no estar inscrito en el Registro. Frente a terceros con *aliunde* conocimiento, es decir frente a quien obtuvo conocimiento de la situación jurídico-real por otro medio ajeno al Registro, el titular puede siempre oponer su derecho, sea inscrito o no<sup>168</sup>.

78. Si el que inscribe adquirió el derecho inscrito de quien apareció como su titular, será mantenido en su adquisición, aunque no fuera legítimo dueño. El art. 34 LH regula la “*adquisición a non domino*”. El citado artículo será objeto de análisis en un momento posterior, señalando ahora brevemente que el tercero que actúa de buena fe puede eficazmente adquirir un derecho real inmueble del titular registral, aunque éste no fuera el legítimo dueño<sup>169</sup>. No obstante, este mantenimiento en la adquisición opera únicamente si el adquirente inscribe su derecho en el registro.

## B) Fe publica registral

79. Desde el principio, es decir desde su creación, el Registro de la Propiedad ha sido concebido en función de un objetivo principal: otorgar seguridad al tráfico jurídico<sup>170</sup>.

80. De todos modos, el Registro solo logra su objetivo de ser un medio fiable, si en caso de discordancia entre la situación registral y la situación real, prevalece su contenido. Dado que tener temor ante motivos de ineficacia del contenido, o tener que practicar una comprobación demasiado complicada, faltaría al objetivo del Registro: el de no paralizar el tráfico jurídico por incertidumbres e inseguridades<sup>171</sup>. En lugar de esto, es necesario que el tercero pueda confiar en la apariencia generada por el mismo. Es por ello, que el Registro de la Propiedad español adoptó determinados mecanismos que, a pesar de la inscripción no constitutiva, deben garantizar conseguir la fiabilidad y la exactitud de las inscripciones<sup>172</sup>. Algunos de estos mecanismos son el “principio del tracto sucesivo”, la organización por fincas, etc. El “principio de la fe pública”, con los efectos que provoca, logra eliminar las incertidumbres para el adquirente.<sup>173</sup>

81. Una de las consecuencias del concepto de la apariencia jurídica es la de presumir la exactitud de una inscripción o cancelación, tanto en cuanto a su existencia como a su pertenencia<sup>174</sup>. Ello está representado por el “principio de legitimación registral” del art. 1 III LH. Se trata de una forma de dar preferencia a la situación registral sobre la situación jurídico-real. Por lo que, mientras que no se pruebe lo contrario, las inscripciones vienen acompañadas por la presunción de su veracidad<sup>175</sup>. La legitimación positiva, según el art. 38 I LH, trae consigo que los derechos inscritos se presumen existentes y pertenecientes al titular registral, solo reconociendo en dicho titular el poder de disposición sobre el derecho

<sup>168</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 17.

<sup>169</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit. p. 9.

<sup>170</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. p. 31.

<sup>171</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. pp. 30 y 41.

<sup>172</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. p. 32.

<sup>173</sup> F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles – un estudio del sistema español con referencia al alemán*, cit. p. 65.

<sup>174</sup> G. DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, “El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad”, cit. p. 54.

<sup>175</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, cit. p. 474; T. A. JIMÉNEZ PARÍS, *La publicidad de los derechos reales y el Registro de la Propiedad en España*, VI 1.

inscrito<sup>176</sup>. La legitimación negativa que está recogida en el art. 97 LH supone la presunción de que un derecho inscribible no inscrito o eliminado no existe. La función principal del principio es la exención de la carga de la prueba en el proceso. Hasta que no se pruebe la falsedad del Registro, basta que el titular registral pruebe su derecho con el extracto registral.<sup>177</sup>

**82.** El “principio de legitimación” del art. 38 LH por sí solo no basta para proteger al tráfico jurídico cuando hay una discordancia entre la apariencia jurídica del Registro y la situación real<sup>178</sup>. La protección del tercero que se acoge al Registro, es decir, que celebra negocios jurídicos sobre la base de la situación registral, es un mecanismo esencial para garantizar la seguridad del tráfico de los inmuebles<sup>179</sup>. El tercero es quién es inducido a error por la no inscripción –sea la omisión intencional o por descuido del titular– y debe por ello ser protegido ante la situación jurídico-real no inscrita cuando confía en la veracidad de los asientos registrales<sup>180</sup>.

**83.** La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina están conformes en que el art. 34 I LH pretende legitimar la adquisición a non domino, es decir, pese a no ser el transmitente el titular legítimo, respondiendo por lo tanto a la necesidad de defender los intereses del adquirente frente a reclamaciones del legítimo titular no inscrito<sup>181</sup>.

**84.** Sin embargo, permitir una adquisición de una persona que carece del respectivo poder de disposición es un mecanismo extraño al Derecho civil, sobre todo por la regla fundamental de “*nemo dat quod non habet*”<sup>182</sup>. Como consecuencia, la operatividad del art. 34 LH ha de ser reducida al mínimo y permitida solamente en casos excepcionales y plenamente justificados<sup>183</sup>.

**85.** El beneficiario, es decir, el sujeto protegido por la fe pública registral, ha de ser un “tercero”. Esto significa que el adquirente del derecho real de dominio o de un derecho real limitativo del dominio debe ser una persona extraña a la relación jurídica que originó la anterior inscripción registral<sup>184</sup>.

**86.** El tercero adquiere su derecho real a título oneroso de quien, según lo publicado en el Registro, tiene facultades para transmitirlo<sup>185</sup>. Asimismo, el art. 33 LH aclara que la inscripción registral no puede convalidar un acto precedente que fuera nulo. Por lo tanto, el negocio jurídico obligacional, al ser la causa para la transmisión, tiene que ser vigente<sup>186</sup>.

<sup>176</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 146 4; B. LÖBER, *Grundeigentum in Spanien – Handbuch für Eigentümer, Käufer und Verkäufer*, cit. p. 28.

<sup>177</sup> F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, cit. p. 475.

<sup>178</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. p. 30; C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 86.

<sup>179</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. p. 39.

<sup>180</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 86; A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. pp. 32, 39.

<sup>181</sup> SSTS de 12 abril 1980 y de 25 de octubre de 2004; L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo III*, Aranzadi, Pamplona, 2008, § 3 11.

<sup>182</sup> T. A. JIMÉNEZ PARÍS, *La publicidad de los derechos reales y el Registro de la Propiedad en España*, cit. I.

<sup>183</sup> F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles – un estudio del sistema español con referencia al alemán*, cit. pp. 33 y ss.

<sup>184</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 146 5; A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (I)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, Nº 2, 2006, p. 562; L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 2 3.

<sup>185</sup> C. FRANKENHEIM, *Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, cit. p. 87; L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 1 2.

<sup>186</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 180.

**87.** El requisito esencial, o, incluso, “la ratio determinante de la medida legal protectora”<sup>187</sup>, es la buena fe del tercero adquirente. En su antigua concepción, el art. 34 LH no estableció claramente la exigencia de la “buena fe”. Sin embargo, ya entonces era evidente que dicho precepto no podía tratar de proteger a una persona de mala fe, dado que personas conocedoras de la inexactitud registral no merecían ninguna protección especial<sup>188</sup>. Al contrario, el tercero será única y exclusivamente protegido en la medida en que confió de buena fe en la veracidad del Registro<sup>189</sup>. En el precepto aludido, “buena fe” se refiere a la creencia del tercero de que el titular registral es el dueño de la cosa, y con ello, que goza del poder de disposición necesario para llevar a cabo el acto de transmisión<sup>190</sup>. Cree que adquiere del legitimado e ignora al mismo tiempo la verdadera falta de titularidad o la existencia de otras circunstancias que no consten en el Registro y puedan hacer ineficaz o limitar la titularidad que aparece en el mismo<sup>191</sup>.

**88.** Conforme al art. 34.2 LH, se presume la buena fe, resultando de una inversión de la carga de la prueba<sup>192</sup>. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el art. 34 LH despliega todas sus consecuencias en beneficio del tercero, mientras la parte interesada no demuestre la mala fe de modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas<sup>193</sup>. Si no logra tal prueba, el tercero puede adquirir el derecho real a *non domino* por favorecerle la presunción *iuris tantum* del desconocimiento de la inexactitud registral. La presunción opera incluso cuando el tercero no haya consultado el Registro<sup>194</sup>. La aplicación del mecanismo protector depende finalmente de que el tercero inscriba el derecho adquirido, bajo las circunstancias mencionadas, en el Registro de la Propiedad.

**89.** Dispone el art. 34 LH que “se le mantendrá en su adquisición” al tercero que reúna todos los requisitos antes tratados. Sin embargo, ha surgido una discusión doctrinal provocándose la pregunta de si, pese a la falta del poder de disposición del transmitente, el tercero de buena fe debe adquirir el verdadero dominio sobre la cosa, como es típico en los sistemas germánicos, o si solo trata de protegerle ante reivindicaciones, mecanismo propio del sistema romano<sup>195</sup>.

**90.** Lo característico es que el tercero confía en lo que el Registro pública. Esto le hace digno merecedor de la especial protección conectada a la fe pública registral<sup>196</sup>. En beneficio del tercero adquirente, se eleva su expectativa a una presunción *iuris et de iure* de veracidad, dado que ni siquiera la prueba de inexactitud del Registro podrá afectarle en su derecho<sup>197</sup>. Dicho más claramente, para el tercero de buena fe la apariencia jurídica se convierte en realidad, correspondiendo al principio de que las consecuencias de lo ajeno y desconocido no le puedan perjudicar<sup>198</sup>. Al equipararse inmediata y directamente la apariencia y la realidad, el tercero adquiere el derecho en la medida y extensión en que el

<sup>187</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (I)”, cit. p. 578

<sup>188</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 182.

<sup>189</sup> L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 3 11.

<sup>190</sup> STS de 2 julio 1965.

<sup>191</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit. § 146 5; A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (I)”, cit. p. 580.

<sup>192</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (I)”, cit. p. 651; J. L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 189.

<sup>193</sup> L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 3 13.

<sup>194</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (I)”, cit. p. 596.

<sup>195</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, cit. pp. 1149 y ss.; A. MANZANO SOLANO, “Las instituciones registrales en los países occidentales”, cit. p. 586.

<sup>196</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (I)”, cit. p. 560.

<sup>197</sup> L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 4 20; A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, cit. p. 1133; F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, cit. p. 476.

<sup>198</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, cit. p. 41.

Registro lo publica como perteneciente al titular señalado<sup>199</sup>. Cualesquiera que sean los vicios ignorados por el Registro de la Propiedad por falta de inscripción, y cualesquiera que sean las acciones que extra-registralmente puedan existir<sup>200</sup>, el titular extra-registral u otros interesados no pueden de ninguna manera atacar la posición del tercero de buena fe que tenga su derecho inscrito. Por lo tanto, la protección va más allá de una protección meramente subjetiva frente a reivindicaciones<sup>201</sup>. Según opinión general de la doctrina, el art. 34 LH prevé la adquisición a *non domino*, pudiendo el adquirente de buena fe hacer valer su derecho a todos los efectos inherentes a un derecho real y en todo coincidente con lo que publique el Registro<sup>202</sup>.

91. Consecuentemente, el efecto del art. 34 LH cumple con su objetivo de garantizar la protección de quien confía en la apariencia jurídica generada por los asientos registrales, tanto en cuanto a su veracidad como a su integridad, al convertir la posición adquirida según Registro en una posición inatacable<sup>203</sup>.

#### 4. Conclusiones de la comparación

92. En cuanto a la organización formal del Registro, tanto el sistema alemán como el español adoptan el sistema del “folio real”. Los asientos de inscripción que afectan a una determinada finca son agrupados en un mismo folio, relacionando así todos los cambios en derechos o titularidades que repercuten en la situación jurídico-real del bien inmueble. Quien tiene interés en conocer el estado actual de un inmueble solamente tiene que examinar el folio, al reflejar éste el historial jurídico de la finca. Las diferencias entre el Registro de la Propiedad español y el Grundbuch son mínimas y afectan nada más que a la estructura interna del folio real, como al orden de los distintos tipos de derechos reales.

93. Asimismo, ambos Registros se parecen en principio al adoptar un régimen de publicidad formal relativo, limitándola a personas que demuestran tener un interés legítimo en conocer los datos jurídicos de la finca. Sin embargo, mientras que el derecho registral español concede el derecho a consultar el Registro solamente a personas con un interés patrimonial, la jurisprudencia alemana<sup>204</sup> desarrolló un concepto más abierto de la legitimación y reconoce más motivos. De todos modos, es inevitable ponderar los intereses contrapuestos entre el del derecho a la intimidad del titular inscrito por un lado y el del solicitante que pretende conocer el estado jurídico-real por otro.

94. La diferencia fundamental entre los dos sistemas está en la función de la inscripción. En Alemania, la inscripción es principalmente elemento integral del proceso transmisor para adquirir la propiedad sobre un bien inmueble. Por ejemplo, la inscripción es constitutiva de la producción del cambio en la situación jurídico-real. En España, en cambio, se produce fuera del Registro de la Propiedad. La inscripción es consiguientemente un acto posterior a la transmisión y se limita a tener efectos de publicidad. Sin embargo, ambos sistemas conocen excepciones a su regla general. De esta manera, aunque en el Derecho español la inscripción es fundamentalmente publicadora, puede excepcionalmente adquirir efecto constitutivo, imponiendo consiguientemente el concepto alemán. Como ejemplo, puede citarse la constitución de una hipoteca o del derecho de superficie, que requieren en todo caso la inscripción. En

<sup>199</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, cit. p. 1133; F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, cit. p. 476.

<sup>200</sup> L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 4 20.

<sup>201</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, cit. p. 1156.

<sup>202</sup> L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit. § 4 20; A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, cit. p. 1133; L. LACRUZ BERDEJO / J. DELGADO ECHEVERRÍA / J. J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, cit. p. 214.

<sup>203</sup> A. GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral (II)”, cit. p. 1132; F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales y registral inmobiliario*, cit. p. 478.

<sup>204</sup> BVerfG NJW 2001, 503.

el Derecho registral alemán existen supuestos en que la efectiva transmisión prevalece sobre el principio de la inscripción constitutiva. Como consecuencia, el efecto de la inscripción se limita a ser declarativo, como en el régimen español.

95. Al ser indispensable para provocar la transmisión, en Alemania, los adquirentes de un derecho no tienen otra opción sino inscribirlo. La inscripción es obligatoria. Por otra parte, el derecho registral español, por su independencia entre inscripción y proceso transmisor, deja la inscripción a la libre decisión de las partes. El legislador no impone ninguna obligación ni conecta sanciones a la no inscripción, pero establece varios beneficios supeditados a la inscripción que deben motivar la inscripción.

96. Por el principio de separación y abstracción que domina todo el derecho civil alemán, los requisitos para solicitar una inscripción en el Grundbuch están en todos los aspectos desconectados del negocio jurídico obligacional, siendo suficiente el acuerdo real. La práctica de una inscripción en el Registro de la Propiedad español requiere la presentación del título, siendo éste la causa para la transmisión del derecho.

97. Lo destacable es que, aunque los principios de inscripción son, por así decir, contrapuestos, en ambos sistemas registrales la inscripción trae consigo las mismas consecuencias jurídicas. Aunque el Registro de la Propiedad español está –en cuanto al valor de la inscripción– concebido conforme a la tradición romana, el efecto de la inscripción es el propio del sistema germánico, pues conecta consecuencias igualmente fuertes a la inscripción, pese a existir el riesgo de una discordancia entre Registro y realidad mayor que en un sistema con inscripción constitutiva. Los dos sistemas atribuyen fe pública a los asientos registrales y los relacionan con presunciones de exactitud, facilitando de esta forma la adquisición de buena fe y protegiendo el tráfico jurídico en la medida más eficaz.

98. Las diferencias entre el sistema alemán y el sistema español parecen relativamente insignificantes en su conjunto. El único aspecto esencial en el que los sistemas se distinguen es el de la inscripción, que por un lado es constitutiva del derecho y, por otro lado, solamente publicadora. Sin embargo, el sistema español conecta las mismas consecuencias jurídicas a la inscripción, consiguiendo el mismo alcance de publicidad positiva. Sería por tanto una modificación relativamente pequeña hacer la inscripción obligatoria o subordinar la eficacia del derecho real a la condición de su inscripción. De esta manera, el Derecho español podría mantener su principio de la transmisión por título y modo, con una inscripción posterior al nacer el derecho con el acto de la tradición.

#### IV. El establecimiento de un Registro de la Propiedad Común Europeo

99. Tras haber estudiado las diferencias entre dos sistemas registrales europeos, el alemán y el español, esta parte del trabajo se centrará sobre la pregunta de si sería posible establecer un Registro de la Propiedad Común Europeo. En el marco de esta pregunta resulta pertinente empezar con un breve panorama de la situación actual del Derecho civil en la Unión Europea – y del derecho real en concreto – indicando los enfoques precedentes que van dirigidos al establecimiento de un Ordenamiento civil común, para luego proceder a la presentación de las condiciones legales para una armonización, o incluso unificación, de los sistemas registrales nacionales, y las perspectivas de su realización en el contexto de sus ventajas e inconvenientes.

100. Aunque la Unión Europea no es un Estado y carece de su propio Código civil, todos los Estados Miembros comparten una Constitución Económica<sup>205</sup>. La misma incluye, por un lado, la liber-

<sup>205</sup> S. VAN ERP, “Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law”, *European Property Law Journal*, 2012, 1 (1), pp. 3 y 5; M. SCHÜRHECK, “Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven”, *Osnabrück JMCE Award*, Series Nr. 03, 2011, p. 15.

tad de todo individuo de actuar autónomamente en el tráfico jurídico privado, sin que el Estado pueda interferir en gran medida<sup>206</sup>. Correspondientemente, el propietario de una cosa puede, por regla general, ejercer su derecho sin intervención estatal. Por otro lado, los Tratados Europeos establecen las cuatro libertades fundamentales que caracterizan y definen el mercado interior europeo: la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales<sup>207</sup>. Pese a ejercer estas libertades una influencia considerable sobre todos los Ordenamientos jurídico-privados de los Estados Miembros, la Unión tiene solamente competencias limitadas en cuanto a su armonización<sup>208</sup>. Esto se debe, en primer lugar, al reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros<sup>209</sup>.

**101.** Como todo organismo supranacional, la Unión Europea deriva sus competencias de los Estados miembros, que delimitan el marco competencial dentro del cual la Unión puede actuar y adoptar medidas legislativas y así desarrollar progresivamente el derecho derivado. Generalmente, el funcionamiento y el poder de la Unión Europea se construye sobre el “principio de atribución de competencias”<sup>210</sup> [arts. 1(1) y 5.1 y 2 TUE y 7 TFUE]. Por lo tanto, tiene competencias limitadas y de carácter exclusivamente funcional<sup>211</sup>. Con respecto al Derecho privado, los Estados Miembros siguen teniendo la competencia general, mientras que la Unión está limitada a realizar intervenciones puntuales cuando resulta ser necesario para garantizar las libertades fundamentales<sup>212</sup>.

**102.** Lo problemático es que todo Ordenamiento civil nacional cuenta con su propia historia y tradición jurídica, de lo cual resultan diferencias entre un país y otro respecto a su mentalidad jurídica<sup>213</sup>. En los derechos reales, lo que por algunos autores es llamado “el núcleo del derecho civil”, las diferencias son especialmente profundas<sup>214</sup>. En aras de reforzar el mercado interior de la Unión Europea, en algunas ocasiones se exigió la creación de un ordenamiento civil europeo, que unificara los preceptos nacionales y elimina así todas las diferencias existentes<sup>215</sup>.

## 1. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

**103.** Fruto del trabajo conjunto del “Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo” (“Study Group on a European Civil Code”, o “Grupo VON BAR”)<sup>216</sup> y del Research Group on the Existing

<sup>206</sup> A. HATJE/ J. SCHWARZE, “Der Zusammenhalt der Europäischen Union”, *European Law Review*, 2019, pp. 153 y 156; S. VAN ERP, “Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law”, cit. pp. 3 y 5; M. PASCHKE / C. ILIOPOULOS, *Europäisches Privatrecht – Ein Studienbuch zum Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Hamburg, 1998, p. 6.

<sup>207</sup> S. VAN ERP, “Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law”, cit. pp. 3 y 5; M. PASCHKE / C. ILIOPOULOS, *Europäisches Privatrecht – Ein Studienbuch zum Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft*, cit. p. 6.

<sup>208</sup> M. PASCHKE / C. ILIOPOULOS, *Europäisches Privatrecht – Ein Studienbuch zum Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft*, cit. p. 10.

<sup>209</sup> J. EICKELBERG, “Mitgliedstaatliche Kompetenzen im Registerverfahren im Spannungsfeld zum europäischen Primär- und Sekundärrecht”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)* 2/2016, pp. 93 y 94.

<sup>210</sup> J. ALCAIDE FERNÁNDEZ/R. CASADO RAIGÓN, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 2018, p. 60.

<sup>211</sup> K. MÜLLER / U. GRUBER, *Sachenrecht*, München, 2016, pp. 13 y 17.

<sup>212</sup> STJUE de 15/05/2003, Salzmán, apdo 39; STJUE de 23/09/2003, Ospelt, apdo 24; M. PASCHKE / C. ILIOPOULOS, *Europäisches Privatrecht – Ein Studienbuch zum Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft*, cit. pp. 11 y ss.; M. SCHÜRHECK, “Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven”, cit. p. 17.

<sup>213</sup> BASEDOW, “Grundlagen des Europäischen Privatrechts”, *Juristische Schulung*, 2004, pp. 89 y 90; P. ULMER, “Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?”, *JuristenZeitung*, 1992, pp. 1 y 5; *Van Erp*, EPLJ 2012, 3, 5.

<sup>214</sup> S. VAN ERP, “Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law”, cit. pp. 3 y 5.

<sup>215</sup> Resolution on action to bring into line the private law of the Member States (D.O.C.E. C 158, 26.6.1989, p. 400).

<sup>216</sup> Sobre el “Study Group” o “Grupo VON BAR”, puede consultarse: M. MARTÍN CASALS, “Els principis del Dret contractual europeu i la Codificació del Dret català”, *Ir. Congrés de Dret civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya*, La Notaria, 11-12, 2001, pp. 51-61; E. ROCA TRIAS, E., “El “Study Group a European Civil Code” (Proyecto Von Bar)”, en CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 199-204; C. VON BAR, “Il gruppo di studi su

EC Private Law, comunmente denominado como el “Acquis Group”<sup>217</sup>, dentro de la red de excelencia “Joint Network on European Private Law”, financiada por el “Sexto Programa Marco” de la Unión Europea, y cumpliendo con el “Plan de Acción” diseñado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de febrero de 2003, elaboraron un “Borrador del Marco Común de Referencia” (“Draft Common Frame of Reference” o “DCFR”), base de un futuro Common Frame of Reference (“CFR”)<sup>218</sup>.

**104.** Cumpliendo los compromisos asumidos con la Comisión, el “Study Group” y el “Acquis Group” presentaron el día 29 de diciembre de 2007 un borrador provisional de CFR integrado por principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo, que fue publicado a principios del año 2008<sup>219</sup>. Posteriormente, a principios del año 2009, se publicó una segunda edición revisada<sup>220</sup> y, finalmente, la publicación completa, acompañada de comentarios, notas de Derecho comparado y una lista de definiciones, fue publicada en septiembre de 2009<sup>221</sup>.

**105.** El DCFR se divide en tres partes, que ya habían sido sugeridas por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de octubre de 2004<sup>222</sup>, y se corresponden con su propia denominación de *Principles, Definitions and Model Rules*<sup>223</sup>:

- *Principles*<sup>224</sup>: el DCFR se construye sobre cuatro principios esenciales que son la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia. De cada uno de estos principios básicos o universales que impregnan su texto, los *drafters* destacan una serie de aspectos. Por ejemplo, al tratar del principio de seguridad, se refiere a la buena fe y la lealtad, el deber de cooperar, etc.

---

un Codice Civile Europeo”, en Alpa/Buccico (dirs.), *Il Codice Civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000. Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 3-19.

<sup>217</sup> Sobre el “Acquis Group”, *vid.*, entre otros: E. ARROYO I AMAYUELAS, “Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, en BOSCH CAPDEVILLA (coord.), *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209-238; G. A. BENACCHIO/ B. PASA, *A Common Law for Europe*, Central European University Press, Budapest-New York, 2005, pp. 294-296; S. LEIBL, “Vías para la unificación del Derecho privado europeo”, (traducción Francisco Infante Ruiz), *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1606 y 1607; R. SCHULZE, “European Private Law and Existing EC Law”, *European Review of Private Law*, 13/1, 2005, pp. 3-19.

<sup>218</sup> Existe una amplia bibliografía sobre el DCFR académico y su proceso de gestación, *vid.*, entre otros: H. BEALE, “The future of the Common Frame of Reference”, *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 257-276; J. M. DE LA CUESTA RUTE, “Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, en VALPUESTA GASTAMINZA (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 23-59; O. LANDO, “The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”, *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 245-256; L. MILLER, «The Common Frame of Reference and the feasibility of a common contract law in Europe», *Journal of Business Law*, 4, 2007, pp. 378-411; M. ODERKERK, “The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research”, *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 315-331; M. SCHAUB, “The Common Frame of Reference and the Future of European Contract Law-Society of European Contract Law (SECOLA)”, *European Review of Private Law*, 15/5, 2007, pp. 751-755.

<sup>219</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Interim Outline Edition, Seller, Munich, 2008.

<sup>220</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Outline Edition, Seller, Munich, 2009.

<sup>221</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Full Edition, vols. I a VI, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.

<sup>222</sup> «La estructura prevista para el MCR (véase un ejemplo en el anexo I) es la siguiente: en primer lugar, se enunciarían los principios fundamentales comunes de Derecho contractual, incluyendo directrices para las eventuales excepciones a dichos principios. En segundo lugar, dichos principios fundamentales estarían apoyados mediante definiciones de conceptos claves. En tercer lugar, los principios y las definiciones se completarían mediante normas tipo, que constituirían el núcleo del MCR».

<sup>223</sup> En la Introducción del volumen I de la Full Edition justifican los *drafters* el por qué del contenido del DCFR, *cit.* pp. 4-10.

<sup>224</sup> Volumen I de la Full Edition del DCFR, *cit.* pp. 37-63.

- *Definitions*<sup>225</sup>: la falta de definición de muchos términos empleados en las Directivas ha sido una de las aporías que han influido negativamente en el ideal armonizador, puesto que su ausencia ha motivado que en la transposición de las mismas por los Estados se produjeran discrepancias entre los significados empleados en las Directivas y los adoptados por las legislaciones nacionales. Como remedio ante tales males, el DCFR ofrece una amplia lista de definiciones, que no sólo pretenden evitar cualquier tipo de error en la interpretación de los conceptos utilizados en sus reglas modelo, sino que posibilitarían que los legisladores nacionales puedan acudir a dicha lista de definiciones, y que así adopten con su propia terminología la expresión más adecuada al sentido correcto de la norma y sus términos. En definitiva, esta lista de definiciones supone una herramienta de gran valor para la hermenéutica contribuyendo al desarrollo de una terminología legal uniforme europea.
- *Model Rules*: son el núcleo del DCFR y configuran un conjunto de normas coherentes, resultado no sólo de la labor de indagación de los principios transcendentales del acervo comunitario realizada por el “Acquis Group”, sino también de las mejores soluciones existentes en los Ordenamientos nacionales y en otros textos jurídicos de carácter internacional, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), lo que es principalmente resultado de la labor realizada por el “Study Group” como heredero de la “Comisión Lando”. La estructura interna de las reglas modelo es idéntica a la de los *Principles of European Contract Law* (PECL). Primero, el texto del artículo (*black letter rule*) va presidido por su título y de forma escueta recoge el mandato normativo en letra negrilla, acompañado del comentario que, a manera de interpretación auténtica, tiene por objeto exponer los razonamientos que han llevado a sus redactores a adoptar dicha norma, así como cuál es su objetivo y su funcionamiento correcto. Dicho comentario contiene supuestos prácticos (*illustrations*). Y, finalmente, una nota en la que se contienen referencias a las fuentes de inspiración de las reglas adoptadas, siendo éstas no sólo de los diversos Ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, la CISG y los *Principles International Commercial Contracts* (PICC), sino también las Directivas de la Unión Europea<sup>226</sup>.

**106.** Respecto a la estructura y contenido del DFCR debe indicarse que su publicación se ha realizado en seis volúmenes, divididos, además de en los principios básicos y en las definiciones, en diez libros que, a su vez, se subdividen en capítulos, secciones, subsecciones y, por último, en artículos. Su contenido ha sobrepasado con mucho el de los PECL, ya que el DCFR establece reglas relativas no sólo a lo que podríamos denominar teoría general del contrato, sino que también regula determinados tipos de contratos, responsabilidad precontractual, enriquecimiento injusto, propiedad mobiliaria, truts, etc..., lo que lleva a algún autor a afirmar que el DCFR ha tenido «la intención de agotar el derecho del tráfico patrimonial moderno»<sup>227</sup>.

**107.** Finalmente, debe indicarse, respecto a lo que es objeto del presente estudio, que aunque una parte del DCFR se ocupa de los derechos reales<sup>228</sup>, sin embargo, el derecho registral inmobiliario,

<sup>225</sup> Volumen I de la Full Edition del DCFR, *cit.* pp. 65-82.

<sup>226</sup> En relación a la estructura interna de las *model rules* se afirma en la Introducción del DCFR que «the comments explain the objective of the particular model rule, place it in the context of the DCFR as a whole and, where appropriate, provide information about its origins and discuss possible alternative solutions. Illustrations, often derived from court cases in the Member States, are provided as an aid to understanding the effects of the rule. The notes give the present legal position in the Member States and in Community law (where available). International instruments such as the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 are also mentioned where appropriate. How the notes were assembled is described in the section on the academic contributors. Whenever possible, an attempt is made to state the law of all Member States up to about the middle of 2008. However, smaller research teams sometimes had to be content with a more limited range of legal systems», volumen I de la Full Edition del DCFR, *cit.* p. 3.

<sup>227</sup> J. M. DE LA CUESTA RUTE, “Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *cit.* p. 25.

<sup>228</sup> S. MARTENS, “Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010, pp. 527 y 528.

quedó excluido de su ámbito de estudios, presumiblemente porque, debido a las diferencias, el grupo de trabajo no pudo llegar a una solución consensual<sup>229</sup>.

## 2. Integración positiva y negativa

**108.** Pese a no estar el derecho inmobiliario registral incluido en el DCFR, los preceptos nacionales siguieron evolucionando congruentemente por una integración positiva y negativa<sup>230</sup>. En principio, la integración en su vertiente positiva se refiere a la asimilación de las leyes nacionales a través de la adopción de Reglamentos y Directivas<sup>231</sup>. Ciertamente, hasta la actualidad, la Unión se ha resistido en adoptar una medida legislativa con repercusión en el derecho registral estatal<sup>232</sup>. En algunas medidas, ha sido excluido expresamente de su ámbito de aplicación<sup>233</sup>.

**109.** En cuanto a la integración negativa, emanada de la jurisprudencia europea, cabe hacer algunas observaciones<sup>234</sup>. Las libertades fundamentales de la Unión Europea pueden desplegar efectos sobre aspectos del derecho real nacional. Aun así, no da lugar a una armonización sino es nada más que una limitación de los Estados Miembros en el ejercicio de sus competencias legislativas<sup>235</sup>.

**110.** Para señalar un ejemplo contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró admisible que la autoridad estatal que lleva el Registro de la Propiedad, requiera al peticionario de una inscripción presentar un documento firmado por un Notario de este mismo Estado Miembro<sup>236</sup>. Dada la posibilidad de rechazar documentos certificados en otros países europeos, hay autores que cuestionan la conformidad con el principio de la libre prestación de servicios<sup>237</sup>.

## 3. European Land Information Service (EULIS)

**111.** En todo caso, no es posible ignorar la evolución de un mercado interior que, generalmente, sigue abriéndose. Cada vez es mayor el número de ciudadanos europeos que viven y trabajan en otro país comunitario<sup>238</sup>. Conforme a esto, cada vez más personas adquieren un bien inmueble en el extranjero y se ven confrontadas con las grandes diferencias legales. Sigue dominando la opinión de que este ámbito es de responsabilidad y competencia estatal, por lo que la Unión Europea se abstuvo de legislar el derecho real y, formando parte de éste, el derecho registral<sup>239</sup>.

---

<sup>229</sup> C. VON BAR / E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, 2009, p. 4207.

<sup>230</sup> S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. pp. 3 y 4.

<sup>231</sup> S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. p. 3.

<sup>232</sup> J. EICKELBERG, "Mitgliedstaatliche Kompetenzen im Registerverfahren im Spannungsfeld zum europäischen Primär- und Sekundärrecht", cit. pp. 93 y 95.

<sup>233</sup> Ejemplos: art. 1 II lit. b) de la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento y del Consejo, de 14 de enero de 2009; Consideración (18) y art. 1 II lit. l) del Reglamento n. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012.

<sup>234</sup> S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. pp. 3 y 4.

<sup>235</sup> M. SCHÜRHECK, "Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven", cit. p. 20.

<sup>236</sup> STJUE de 09/03/2017, C-324/15, Píringier.

<sup>237</sup> S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. pp. 3 y 8.

<sup>238</sup> S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. pp. 3 y 6.

<sup>239</sup> J. EICKELBERG, "Mitgliedstaatliche Kompetenzen im Registerverfahren im Spannungsfeld zum europäischen Primär- und Sekundärrecht", cit. pp. 93 y 95; S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. pp. 3 y 7.

**112.** Mientras que no haya uniformidad en las reglas, gana en importancia la necesidad de que se armonice la política de información entre los países para asegurar el funcionamiento del mercado interior<sup>240</sup>. Quien quiera adquirir un bien inmueble en otro país comunitario debe tener la posibilidad de conocer su estado jurídico-real<sup>241</sup>. En la actualidad, es una práctica común contratar un asesor local con conocimiento de la terminología y práctica legal del respectivo país<sup>242</sup>.

**113.** Para facilitar el procedimiento, en el año 2002, la Unión Europea inició el proyecto EULIS, en el cual participaron al principio ocho Estados<sup>243</sup>. Interconecta los Registros de la Propiedad de varios países europeos y permite así su acceso transfronterizo<sup>244</sup>. Trata, pues, de poner los derechos inscritos en un Registro nacional a disposición de un ciudadano de otro país que esté interesado<sup>245</sup>. De esta manera proporciona información de la situación jurídico-real de un bien inmueble para facilitar la adquisición. Además de remitir al interesado al Registro de la propiedad nacional, incorpora información adicional sobre la situación legal y el funcionamiento del Registro en el respectivo país<sup>246</sup>. Esto es muy importante al ser uno de los obstáculos principales en el tráfico de bienes inmuebles a nivel supraestatal puesto que el valor legal de la información registral cambia entre un sistema y otro<sup>247</sup>. La mera puesta a disposición de los datos traería consigo un riesgo de malinterpretación si faltan definición o aclaración de las leyes y prácticas nacionales<sup>248</sup>. Por lo tanto, EULIS incluye resúmenes del significado legal y del alcance de los derechos reales presentes en el ordenamiento civil. Además, clarifica y traduce los términos legales, desarrollando de tal manera una terminología jurídica común europea<sup>249</sup>.

**114.** EULIS constituye un primer paso que eleva la transparencia en transacciones inmobiliarias, pero simultáneamente plantea la duda de si puede sobrevivir mientras los sistemas registrales diferentes no se acerquen por lo menos en parte<sup>250</sup>. Pensando más allá, el próximo paso lógico sería la armonización del derecho registral a nivel europeo<sup>251</sup>.

#### 4. Competencia legislativa de la Unión Europea en derecho inmobiliario registral

**115.** Como ya se ha dicho anteriormente, la Unión Europea tiene solamente competencias funcionales y requiere un título adjuntado en los Tratados fundacionales que le faculte para legislar comu-

<sup>240</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", *European Review of Private Law*, 2004, p. 379.

<sup>241</sup> S. VAN ERP, "Cross-Border Electronic Conveyancing: overcoming problems with negative and positive integration in European property law", cit. pp. 3 y 7.

<sup>242</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. 183 y 186.

<sup>243</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. 379 y 383.

<sup>244</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. pp. 379 y 383.

<sup>245</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 64 apdo 79.

<sup>246</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. 379 y 385.

<sup>247</sup> F. MOLINA BALAGUER, "¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, Septiembre, 2017, pp. 2393 y 2428; H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. 379 y 385; C. S. RUPP, "Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen", cit. pp. 567 y 569.

<sup>248</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. 379 y 385.

<sup>249</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. pp. 379 y 384.

<sup>250</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 64 apdo 79.

<sup>251</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "EULIS – At the beginning of the Road to Harmonization in Land Registry in Europe", cit. p. 379.

nitariamente en derecho inmobiliario registral. Al no existir un título específico, los artículos competenciales tratados en lo sucesivo se refieren mayoritariamente a supuestos más generales, siendo el derecho registral una materia incluida.

**116.** La aplicabilidad de un título competencial a una situación concreta tiene que ser examinado sobre criterios objetivos y en función al objetivo y contenido del derecho secundario que debe ser creado, art. 5 I y II TUE<sup>252</sup>.

**117.** El art. 345 TFUE, que puede ser calificado como norma competencial negativa<sup>253</sup>, establece que los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados Miembros. La Unión debe pues abstenerse de influir en los regímenes nacionales de la propiedad<sup>254</sup>. Sin poner en cuestión que existe una relación entre el derecho registral y el derecho de propiedad<sup>255</sup>, la respuesta a la cuestión de la competencia para crear un Registro de la Propiedad Europeo no resulta tan clara, dado que el alcance del art. 345 TFUE es muy controvertido. Especialmente, respecto al significado del término “régimen de la propiedad”, del que se han conformado varias concepciones doctrinales, influidas sobre todo por el objetivo legal y la génesis de la norma<sup>256</sup>.

**118.** La opinión dominante estima, atendiendo al enunciado del artículo, que el “régimen de la propiedad” se limita a tales normas y conceptos que regulan la existencia y las limitaciones públicas de la institución jurídica “propiedad”<sup>257</sup>. La Unión Europea, entonces, no puede menoscabar el derecho a la propiedad privada de tal manera que sea incompatible con las constituciones estatales, donde se recogen las decisiones fundamentales relativos al derecho de la propiedad<sup>258</sup>. Por regla general, los textos constitucionales se limitan a garantizar y proteger el derecho subjetivo de tener un bien en su propiedad privada e imponer al Estado la obligación de desarrollar por leyes los correspondientes conceptos y modos de adquisición, sin especificar el cómo<sup>259</sup>.

**119.** Conforme a esta interpretación tiene lugar la génesis del art. 345 TFUE. Tras la Segunda Guerra Mundial, Francia e Italia tenían muchas empresas y compañías en propiedad pública, por lo que los Estados consideraron la necesidad de aclarar que ellos mismos seguirían teniendo la competencia dentro del margen legítimo previsto<sup>260</sup>. Así, la intención principal perseguida con la norma es impedir que la Unión Europea se atribuya el derecho de realizar privatizaciones o socializaciones de empresas y compañías privadas<sup>261</sup>.

<sup>252</sup> K. MÜLLER / U. GRUBER, *Sachenrecht*, cit. pp. 13 y 17; M. SCHÜRHECK, “Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven”, cit. S. 27.

<sup>253</sup> STJUE de 20/10/1993 C-92/92 y C-326/92.

<sup>254</sup> L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, “La Propiedad inmobiliaria y el Derecho de la Construcción en las Directivas Comunitarias”, en DÍAZ FRAILE (coord.), *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pp. 261-364, p. 279.

<sup>255</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393 y 2428.

<sup>256</sup> C. CALLIESS / M. RUFFERT, *Kommentar EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 5. Auflage, München, 2016, Art. 345 apdo 9.

<sup>257</sup> B. AKKERMANS / E. RAMAEKERS, “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations”, *European Law Journal*, 16, 2010, pp. 302 y ss; M. SCHÜRHECK, “Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven”, cit. p. 27.

<sup>258</sup> C. CALLIESS / M. RUFFERT, *Kommentar EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Art. 345 apdos 10 y ss.; R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, München 2018, Art. 345, apdo 14.

<sup>259</sup> S. STORR, “Die Vorschläge der EU-Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, pp. 232 y 235.

<sup>260</sup> R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, München 2018, Art. 345, apdo 3.

<sup>261</sup> R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Euro-*

**120.** Según otra opinión doctrinal, el art. 345 TFUE excluye toda competencia legislativa de la Unión en el ámbito del derecho real. Niega así también la competencia de la Unión Europea para establecer un Registro de la Propiedad Común Europeo, argumentando que es un mecanismo a través del cual el Estado define y garantiza el derecho de la propiedad y los demás derechos reales. Los actos legislativos comunitarios, dirigidos a introducir cambios en el derecho registral a nivel europeo, pueden afectar a los regímenes nacionales de transmisión de propiedad en sentido del art. 345 TFUE (“régimen de la propiedad”)<sup>262</sup>. Según esta interpretación, el art. 345 TFUE tendría un efecto de veto que impediría la creación de un Registro Europeo de la Propiedad, al menos “por parte de las autoridades de la Unión”<sup>263</sup>.

**121.** Sin embargo, esta opinión no es sostenible, ya que casi todo acto legislativo repercute sobre el derecho a la propiedad. Con esta interpretación, las competencias de la Unión Europea serían demasiado limitadas<sup>264</sup>. Ello indica que el art. 345 TFUE debe ser aplicado restrictivamente<sup>265</sup>. En consecuencia, el art. 345 TFUE no afecta las competencias comunitarias para desarrollar un régimen comunitario del derecho de propiedad y, consiguientemente, tampoco un sistema registral común, siempre que respete los regímenes nacionales<sup>266</sup>.

**122.** El art. 50 II lit. e) TFUE dispone que no es admisible que un Estado Miembro perjudique a un nacional de otro Estado Miembro en la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situados en el propio territorio. Sin embargo, existe un convencimiento generalizado de que este precepto no debe ser entendido como amplia atribución competencial que faculte a la Unión a regular todo aspecto del derecho inmobiliario<sup>267</sup>. La Unión Europea no puede justificar cualquier armonización de las reglas nacionales relativas a la adquisición y pérdida o al uso de la propiedad en base del art. 50 II lit. e) TFUE.

**123.** En el marco de establecer un régimen común de normas de conflicto de leyes, la Unión Europea puede adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados Miembros, incluyendo fundamentalmente también el derecho inmobiliario registral<sup>268</sup>. No obstante, el título competencial del art. 81 TFUE se refiere exclusivamente a la adopción de normas de orden procesal y justamente no prevé una armonización material<sup>269</sup>. No es un título apto para crear un Registro de la Propiedad Común Europeo.

---

*päischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit. Art. 345 apdo 4; B. AKKERMANS / E. RAMAEKERS, “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations”, cit. p. 305; W. DRASCH, “Die Rechtsgrundlagen des europäischen Einheitsrechts im Bereich des gewerblichen Eigentums (Artt. 100 a, 235, 36 und 222 EGV)”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, pp. 118, 127; C. CALLIESS / M. RUFFERT, *Kommentar EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, cit. Art. 345 apdo 2.

<sup>262</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393 y 2428.

<sup>263</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393 y 2428.

<sup>264</sup> R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit. Art. 345 AEUV, apdo 13.

<sup>265</sup> M. SCHÜRHECK, “Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven”, *Osnabrück JMCE Award*, Series Nr. 03, 2011, cit. p. 28.

<sup>266</sup> B. AKKERMANS / E. RAMAEKERS, “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations”, *European Law Journal*, 16, 2010, pp. 292 y 314; W. DRASCH, “Die Rechtsgrundlagen des europäischen Einheitsrechts im Bereich des gewerblichen Eigentums (Artt. 100 a, 235, 36 und 222 EGV)”, cit. 118 y 127.

<sup>267</sup> J. EICKELBERG, “Mitgliedstaatliche Kompetenzen im Registerverfahren im Spannungsfeld zum europäischen Primär- und Sekundärrecht”, cit. pp. 93 y 95.

<sup>268</sup> J. F. BAUR / R. STÜRNER, *Sachenrecht*, 18, Auflage, München, 2009, cit. § 64 apdo 74.

<sup>269</sup> M. SCHÜRHECK, “Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven”, cit. p. 28; R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit. Art. 81 apdo 44.

**124.** El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros. que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

**125.** El art. 114 TFUE es un título competencial general para promover la armonización de normativa estatal. Dado que no existe otra norma más específica aplicable, podría en principio servir como base para armonizar el derecho inmobiliario registral<sup>270</sup>. Debido a su concepción muy amplia y la consiguiente universalidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el pasado dictó varias sentencias oponiéndose a una interpretación demasiado amplia. Por lo tanto, la aplicabilidad del título competencial está restringida a la consecución de determinados objetivos<sup>271</sup>.

**126.** Es imprescindible que el cambio vaya dirigido a una armonización del contenido de leyes nacionales perfeccionando el funcionamiento del mercado interior<sup>272</sup>. Esta armonización puede ser alcanzada, aunque en distintos grados, o bien por un Reglamento, que siempre lleva a una homogeneización, o bien por una Directiva, que también permite establecer criterios mínimos comunes<sup>273</sup>. La creación de una nueva autoridad administrativa, como la del Registro de la Propiedad, está cubierta por su ámbito de aplicación siempre que sirva al cumplimiento del Derecho comunitario<sup>274</sup>.

**127.** Las diferencias entre las leyes nacionales coexistentes, cuya armonización se pretende, suponen un obstáculo concreto al ejercicio de las libertades fundamentales<sup>275</sup>. Las diferencias entre los sistemas registrales implican un riesgo para adquirentes que no conocen el valor legal de la inscripción en el Estado miembro en que pretenden adquirir un bien inmueble. Aunque pueden contratar un asesor local y el precio es presumiblemente bajo en comparación con los valores inmobiliarios, los distintos sistemas sí reducen la seguridad jurídica y presentan por tanto un obstáculo a la adquisición de un bien inmueble. Los ciudadanos europeos pueden verse limitados en el ejercicio de su derecho a la libre circulación que les permite poder vivir y trabajar en el extranjero europeo.

**128.** El último requisito exige que el funcionamiento del mercado interior se mejore como consecuencia de la armonización<sup>276</sup>. Puede incluso ir más allá de eliminar barreras comerciales cuando esté motivada por una política de integración<sup>277</sup>. Dado que, desde un punto de vista hipotético, las diferencias entre los distintos Registros de la Propiedad implican un obstáculo, su eliminación en todo caso perfeccionará la posibilidad de ejercer las libertades civiles y así el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea<sup>278</sup>.

---

<sup>270</sup> J. BASEDOW, "Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2016, pp. 573 y 579.

<sup>271</sup> STJUE de 05/10/2000 C-376/98 apdo 84; STJUE de 12/12/2006 C-380/03 apdos 36 y ss.; GHN EU/Tietje, AEUV Art. 114 apdo 6.

<sup>272</sup> R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit. Art. 114 apdo 19.

<sup>273</sup> M. SCHÜRHECK, "Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven", cit. p. 29.

<sup>274</sup> C. CALLIESS / M. RUFFERT, *Kommentar EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, cit. Art. 114 apdo 25.

<sup>275</sup> R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit. Art. 114 apdo 19.

<sup>276</sup> A. IHNS, *Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung*, Frankfurt a.M., 2005, Art. 114 apdo 46.

<sup>277</sup> M. MÖSTL, "Grenzen der Rechtsangleichung im Europäischen Binnenmarkt – Kompetenzielle, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers", *European Law Review*, 2002, pp. 318 y 324.

<sup>278</sup> M. SCHÜRHECK, "Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven", cit. p. 33.

**129.** Los requisitos del art. 114 TFUE se complementan con el criterio de la necesidad del art. 5.4 TFUE<sup>279</sup>. Para elevar la seguridad del tráfico de bienes inmuebles y reforzar el mercado interior, la implantación de un sistema registral común es una medida adecuada y necesaria.

**130.** El art. 114 TFUE, que establece un título de competencia general a favor de la Unión Europea, parece ser apropiado para crear un Registro común. No obstante, también hay autores que, sobre todo con respecto al art. 345 TFUE, expresan sus dudas con tal facultad, y hay que reconocer que sus argumentos no son injustificados. Ciertamente, la pregunta de si la Unión es competente o no, depende en gran parte de la configuración final del Registro.

## 5. Perspectivas

### A) Perspective and Feasibility & Implementation Analysis (2014)

**131.** La Comisión Europea encargó a un grupo que elaborase un estudio de viabilidad para decidir si se debería desarrollar un Registro de la Propiedad para el e-Justice Portal, tal como, en su momento se hizo con el proyecto EULIS. Sobre la base de determinados criterios, el análisis recopila datos sobre los distintos sistemas registrales; por ejemplo, que casi todos están digitalizados y que la mayoría de los Estados Miembros llevan el Registro por títulos en vez de utilizar el “deed recording system”. Según sus resultados, el sistema registral deberá incluir traducciones lo más íntegras posible e información dirigida a clarificar el valor legal y las posibilidades de uso de los datos obtenidos. En general, propone una implantación progresiva para poder asegurar el buen funcionamiento, sobre todo a la luz de la diversidad legal.

### B) Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018

**132.** En la citada Directiva se insertó el nuevo artículo 32 ter, dirigido al establecimiento de un sistema supraestatal para facilitar a las autoridades competentes el acceso a datos relativos a la identificación de propietarios de bienes inmuebles sitos en otro Estado Miembro<sup>280</sup>.

**133.** De todos modos, lo más llamativo y posiblemente innovador en cuanto a la solución de la presente duda competencial se encuentra en el apartado 2. Que establece que, hasta el 31 de diciembre de 2020, la Comisión deberá presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo, evaluando la necesidad y proporcionalidad de armonizar la información incluida en los Registros de la propiedad y la necesidad de interconectar los respectivos registros nacionales. Por el momento, es este informe del que depende la evolución de una posible interconexión de los registros nacionales, posiblemente en forma de un registro de la propiedad europeo común (“European real property register”<sup>281</sup>).

### C) Técnica legislativa adecuada

**134.** La técnica legislativa habrá de adaptarse a la naturaleza del proyecto<sup>282</sup>. El art. 288 TFUE enumera los posibles instrumentos jurídicos de los que la Unión Europea dispone. Normas por las que

<sup>279</sup> R. STREINZ, *Kommentar EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit. Art. 114 apdo 63.

<sup>280</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393 y 2395.

<sup>281</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393 y 2424.

<sup>282</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393, 2426 y ss.

se realiza un proyecto como la creación de un registro de la Propiedad Europeo deben ser de aplicación general y directa, sin que los Estados Miembros puedan ajustar los preceptos según su gusto. Los propios Tratados constitutivos sirven para establecer normas y procedimientos a seguir por las instituciones comunitarias<sup>283</sup>. Aparte, el Reglamento satisface todas las características jurídicas exigidas por ser obligatorio y vinculante en todos sus elementos y por no dar lugar a una diferencia en aplicación entre los Estados Miembros, siendo por lo tanto la técnica pertinente para dirigirse a instituciones propias de la Unión Europea<sup>284</sup>.

#### D) Posible configuración

**135.** Ampliando la vista a todos los Estados Miembros de la Unión Europea, en la regulación del derecho inmobiliario existen diferencias en algunos aspectos, sobre todo en comparación con el deed-system de los países de Common Law. A pesar de ello, en puntos claves sigue un concepto común. Algunas propuestas de armonización, que siguen siendo hipotéticas, prevén un sistema registral similar al de tradición germánica.

**136.** En todos los sistemas registrales la inscripción tiene por lo menos un efecto declarativo o publicador. Igualmente, un Registro de la Propiedad Europeo Común tendría que aplicar el principio de la publicidad formal y prever el derecho de consultar los asientos registrales, posiblemente según distintos grados de interés<sup>285</sup>.

**137.** A nivel europeo, se puede incluso observar una tendencia hacia una inscripción con efectos constitutivos no solamente frente a terceros, sino ya *inter partes*<sup>286</sup>. Por lo tanto, tal solución sería recomendable para una armonización de los sistemas nacionales. Ofrece la opción de establecer excepciones, en las cuales la transmisión del derecho real se produce fuera del Registro y la inscripción es posterior y declarativa.

**138.** Un aspecto menos consolidado es la “publicidad positiva”, como la conocen los países de tradición germánica, pero también España y los Estados Miembros occidentales. La mayoría de los sistemas sigue limitándola a la publicidad negativa. Sin embargo, un sistema de publicidad positiva, que vincula fuertes efectos a la inscripción, sería conveniente. Especialmente al considerar que, gracias a la llevanza electrónica de los registros, la práctica de la inscripción es hoy más fácil y económica que antes. Sistemas que adoptan la publicidad positiva sustraen el máximo beneficio de la institución registral al garantizar la mayor protección del tráfico jurídico, asegurando tanto claridad como seguridad jurídica.

#### E. Viabilidad

**139.** Por último, en evaluación de los aspectos anteriormente analizados y tras haber analizado la posibilidad teórica de legislar en el ámbito registral, planteamos la pregunta de si una armonización podría ser viable, exponiendo a continuación sus ventajas e inconvenientes.

**140.** Con mucha insistencia se exige desde hace años la creación de un régimen de derechos de garantía –cabe mencionar la propuesta de la “eurohipoteca” excesivamente discutida– para facilitar transmisiones transfronterizas de cualquier tipo que requieren la prestación de una garantía. Dependien-

<sup>283</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. pp. 2393 y 2427.

<sup>284</sup> J. ALCAIDE FERNÁNDEZ /R. CASADO RAIGÓN, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, cit. p. 189.

<sup>285</sup> C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. pp. 567 y 575.

<sup>286</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 64 apdo 83.

do de la configuración final de esta seguridad real, puede ser necesario que previamente se establezca algún sistema de publicidad, en el cual tales derechos reales limitativos puedan ser inscritos<sup>287</sup>.

**141.** Como ya se ha indicado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, la creación de un Registro de la Propiedad Común Europeo iría dirigida al reforzamiento del mercado interior de la Unión Europea por facilitar y garantizar el ejercicio de las libertades civiles fundamentales. Ya que, mediante el establecimiento de un registro transfronterizo, todas las ventajas y funciones de los nacionales se transferirían a nivel europeo.

**142.** Entre los inconvenientes se encuentran que la creación de Registro es un proyecto costoso<sup>288</sup>; el sistema registral ha de ser configurado asegurando el buen funcionamiento del Registro; ha de establecerse una autoridad responsable con funcionarios que lo lleven y mantengan. Además, es esencial que la autoridad tenga representaciones locales en todo momento accesible por los participantes del tráfico jurídico, por lo menos mientras no sea enteramente digitalizado. Luego, en el supuesto de que siga existiendo una autoridad nacional que lleve el registro a nivel local, es necesario repartir las competencias para evitar conflictos.

**143.** El derecho registral está estrechamente relacionado con el derecho real material. El Registro se adapta a las necesidades materiales y, al revés, el derecho material tiene su base en las reglas formales que aseguran el cumplimiento de los principios del derecho material<sup>289</sup>. A nivel nacional, tal interrelación se ha desarrollado a lo largo de mucho tiempo, perfeccionándose progresivamente para ser hoy un sistema coherente, que además cuenta con una alta legitimación democrática y vela por la justicia social<sup>290</sup>. También con otros ámbitos legales, como el derecho concursal, con el que el Registro de la Propiedad está altamente relacionado. La interacción entre un ámbito legal comunitariamente armonizado y los demás ámbitos legales no armonizados, es decir nacionales, ha de ser asegurada<sup>291</sup>.

**144.** Desde un punto de vista de política legal, una intervención radical, pero todavía fragmentaria, en tales sistemas consolidados y conocidos, imponiendo un sistema enteramente nuevo todo a la vez, podría causar cierto desorden al afectar a la seguridad jurídica y provocaría efectos más bien contrapuestos a los objetivos de una armonización<sup>292</sup>.

**145.** El Derecho civil es expresión de la tradición legal de un país. Unificar los sistemas nacionales llevaría a la pérdida de la cultura jurídica europea versátil<sup>293</sup>. Los ciudadanos, y sobre todo los juristas, están orgullosos de esta tradición y se identifican con el Ordenamiento civil que emana de la misma. Es por ello dudoso si los Estados Miembros renunciarían a su propio sistema registral para formalizar compromisos con los demás países.

---

<sup>287</sup> H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, "The European Real Estate Market – Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle", en VAN ERP / SALOMONS / AKKERMANS (edit.), *The Future of European Property Law*, Berlin 2012, pp.183 y 187; C. S. RUPP, "Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen", cit. pp. 567 y 569; S. VAN ERP /B. AKKERMANS, "Public or Private Harmonisation of the EU Mortgage Market", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2013, pp. 43 y 53.

<sup>288</sup> En general: H. KÖTZ, "Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", *Rebels Zeitschrift für europäisches und internationale Privatrecht*, 1986, 1, 2.

<sup>289</sup> C. S. RUPP, "Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen", cit. 567 y 569.

<sup>290</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 64 apdo 80.

<sup>291</sup> A. IHNS, *Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung*, cit. pp. 188 y ss.

<sup>292</sup> P. ULMER, "Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?", cit. 1, 6; H. KÖTZ, "Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", *Rebels Zeitschrift für europäisches und internationales Privatrecht*, cit. 1, 12.

<sup>293</sup> O. SANDROCK, "Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Europa – und die Welt", *JuristenZeitung*, 1996, 1, 7.

## V. Conclusiones finales

**146.** Aunque los órganos de la Unión Europea más de una vez han declarado la necesidad de promover la armonización del Derecho civil para perfeccionar el mercado interior, faltan esfuerzos serios y nada hace pensar en la creación de un Registro de la Propiedad Común Europeo a corto plazo<sup>294</sup>. Los sistemas registrales de los Estados Miembros son diferentes y su unificación exige a algunos países hacer renuncias notables. Por esta razón, supone un gran desafío tanto legal como organizativo para la comunidad europea<sup>295</sup>. Una manera más viable en el camino hacia el establecimiento de un Registro común sería la armonización progresiva de los correspondientes a cada uno de los países<sup>296</sup>.

**147.** Actualmente, un proyecto que destaca es EULIS, que eleva la transparencia en el mercado inmobiliario transfronterizo y está por lo tanto valorado como el primer paso hacia una armonización de los sistemas registrales<sup>297</sup>. Inicialmente, lo más factible y conveniente sería ampliar el proyecto incluyendo todos los registros europeos, en vez de solamente remitir el solicitante al respectivo sitio web del país, reflejando la información esencial en su propio interfaz. Ello, de todos modos, sin afectar al derecho registral material de los ordenamientos civiles nacionales. Especialmente, gracias a la información adicional sobre el funcionamiento del registro y las instituciones legales propias de un Estado, EULIS puede eliminar obstáculos en la adquisición de un bien inmueble en el extranjero. La información necesaria es más fácilmente consultable y comprensible. Sirve entonces para elevar la seguridad jurídica en este sector y para mejorar el funcionamiento del mercado interior al remover fronteras legales. Todo ello, en su conjunto es apropiado para flexibilizar la decisión de un ciudadano europeo, como del Sr. Müller, de trasladar su residencia a otro país de la Unión Europea y contribuye por consiguiente al ejercicio del derecho a la libre circulación.

**148.** Por tanto, a largo plazo, el mercado interior solo puede ser perfeccionado si se establece un Registro de la Propiedad Común Europeo, para lo que resulta imprescindible que los Estados Miembros armonicen sus Ordenamientos civiles para promover la integración<sup>298</sup>.

<sup>294</sup> C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. pp. 567 y 569.

<sup>295</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. 2393 y 2428; H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, “The European Real Estate Market – Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle”, cit. pp. 379 y 387.

<sup>296</sup> J. F. BAUR/ R. STÜRNER, *Sachenrecht*, cit. § 64 ap. 80.

<sup>297</sup> F. MOLINA BALAGUER, “¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral”, cit. 2393 y 2428; H. PLOEGER / B. VAN LOENEN, “The European Real Estate Market – Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle”, cit. pp. 379 y 387; C. S. RUPP, “Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen”, cit. pp. 567 y 569.

<sup>298</sup> M. PASCHKE / C. ILIOPOULOS, *Europäisches Privatrecht – Ein Studienbuch zum Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft*, cit. pp. 6 y ss.; P. ULMER, “Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?”, 1.

# LOS CAMBIOS Y DESAFÍOS QUE PLANTEA LA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

## THE CHANGES AND CHALLENGES POSED BY THE TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY IN THE INTERNATIONAL CONTEXT

PEDRO JESÚS JIMÉNEZ VARGAS

*Doctor profesor*

*Universidad Internacional de La Rioja*

Recibido: 07.06.2021 / Aceptado: 25.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6258>

**Resumen:** Una economía digital, es aquella que se centra en la venta de bienes y servicios a través de plataformas digitales. Ésta posee características muy específicas respecto a la economía tradicional. La imposición de los beneficios obtenidos a través de las transacciones efectuadas en la red, se han visto incrementadas de forma exponencial, la vez que han aumentado las ventas en el comercio digital, efectuadas por organizaciones empresariales internacionales que operan con o sin establecimiento permanente. Estas organizaciones empresariales, han desarrollado pautas generales para tratar de gravar sus ingresos en lugares con una baja o nula tributación. Uno de los principales problemas que se plantean en la actividad *e-commerce*, es determinar, quién es el beneficiario efectivo final de las rentas obtenidas

**Palabras clave:** fiscalidad, beneficiario efectivo, economía digital, presencia digital, Normativa.

**Abstract:** A digital economy is one that focuses on the sale of goods and services through digital platforms. This has very specific characteristics with respect to the traditional economy. The taxation of profits obtained through transactions carried out on the network have been increased exponentially, at the same time that sales in digital commerce have increased, carried out by international business organizations that operate with or without a permanent establishment. These business organizations have developed general guidelines to try to tax their income in places with little or no taxation. One of the main problems that arise in e-commerce activity is to determine who is the final effective beneficiary of the income obtained.

**Keywords:** taxation, beneficial owner, digital economy, digital presence, Regulations.

**Sumario:** I. Introducción. II. Del Comercio electrónico a la economía digital. 1. Rasgos de la digitalización de los negocios tradicionales. 2. Definición y modalidades de comercio electrónico - III. Desafíos que plantea la economía digital en la fiscalidad internacional. 1. La economía digital y su problemática. 2. El beneficiario efectivo en la fiscalidad de las rentas internacionales. A. Introducción. B. Concepto y Origen. C. La figura del beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio de la OCDE, en el Ordenamiento Jurídico Europeo y en la Legislación Española. IV. El nuevo concepto de establecimiento permanente en la economía digital. 1. Los nuevos factores del establecimiento permanente. 2. La presencia digital significativa. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En la fiscalidad internacional existen factores que propician la elusión y la evasión en empresas vinculadas con la economía digital; esta elusión está en relación con el lugar donde se genera el ingreso, y en la jurisdicción donde debería tributar. Por lo tanto, una de las grandes dificultades que presenta la economía digital se refiere a la tributación de los beneficios que generan las transacciones realizadas a través del comercio digital, carente de un espacio físico dentro de un espacio geográfico, es decir, a la carencia de un establecimiento permanente, que otorgue valor a los intangibles relacionados en el proceso comercial, que son en muchas ocasiones altamente trasladables a otras jurisdicciones. Fiscalmente, sabemos que el impuesto sobre la renta recae sobre las manifestaciones de riqueza celebrada en un territorio dado; en este caso, el propósito principal de este impuesto es que dicha riqueza sea tributada en la jurisdicción donde se encuentre la infraestructura física, legal y económica, y donde se celebre la prestación o venta.

2. Por otra parte, el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA) busca gravar la adquisición de bienes y servicios de cada etapa productiva, produciéndose la recaudación en el país de consumo del bien. Sin embargo, cuando hablamos de la economía digital, hablamos de un modelo en el cual, no existe infraestructura física, lo que genera dificultades para localizar la venta realizada. Con la economía digital, no se establece dependencia a un lugar físico, ya que se puede realizar la venta del bien o servicio sin que exista contacto físico entre el proveedor y su cliente. Respecto a la ausencia de infraestructura o establecimiento permanente, organismos internacionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), a través de su informe titulado el “*Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2020*”, se refiere a la ausencia de presencia física en los siguientes términos:

*«La digitalización de la economía también ha permitido que la mayoría de las empresas multinacionales participen activamente en algunos sectores específicos en distintos países sin necesidad de que exista un establecimiento permanente en el país, lo que ha dificultado la imposición efectiva sobre las rentas obtenidas en los países de origen».*

3. De igual modo, la concepción actual de establecimiento permanente no es suficiente para reflejar la realidad de la economía actual; tal y como establece el último Modelo de la OCDE, en relación con los acuerdos para evitar una doble imposición. Debemos entender que existirá establecimiento permanente cuando exista un “lugar físico de negocio”, en el cual, se realice la prestación de servicios o la venta de un bien inmueble. En la fiscalidad internacional es importante destacar el concepto establecimiento permanente a la hora de establecer la sujeción de las personas físicas o jurídicas a un impuesto determinado. En este sentido, es importante dejar claro que las leyes tributarias, establecidas por los Estados han creado un vínculo entre la persona o la empresa y el territorio, que es lo que determinará que esa persona o empresa pague el impuesto sobre la renta en un Estado concreto. Es de esta manera, como en la mayoría de las naciones del mundo, las compañías quedan sujetas a imposición por sus rentas obtenidas, a través del establecimiento permanente, con independencia del lugar de residencia de las mismas.

4. En realidad, cada país establece las diversas normas o reglas para definir la residencia de una empresa, sin embargo, muchos Estados optan por dos opciones: (i) el simple hecho de que la constitución legal de la compañía se haga efectiva en el país (ii) que el asiento y gestión de la compañía se realice desde ese país.

5. Cuando hablamos de establecimiento permanente, hacemos referencia a una forma jurídica a través de la cual, el sujeto pasivo se somete al pago de impuestos directos por los beneficios obtenidos en

---

<sup>1</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe, 2020* (LC/PUB.2020/6-P), Santiago, 2020.

territorios extranjeros, cuya legislación es distinta a la del territorio de residencia de su residencia habitual. De esta forma, podremos determinar donde se encuentra el “beneficiario efectivo” de las rentas obtenidas en un determinado territorio. En este punto, se nos plantean distintas cuestiones en materia de economía digital, que nos llevan a cuestionarnos: ¿Cómo podemos identificar cuál es la jurisdicción en la que se genera el Valor? o, ¿Cuál será la jurisdicción en la que se deberá tributar o pagar el impuesto?, o bien, ¿Cómo se debe adaptar el concepto “establecimiento permanente” a la nueva realidad de la economía digital?

6. En el presente documento se intentará determinar cuál podría ser el nexo para establecer una presencia económica significativa, que nos ayude a delimitar el concepto de beneficiario efectivo a efectos fiscales, particularmente en las operaciones llevadas a cabo por empresas que evitan una presencia física en aquellos mercados donde operan, para evadir el impuesto correspondiente con la consiguiente erosión fiscal para los Estados. Para dar una respuesta, a los desafíos que presenta esta problemática de la economía digital, inicialmente analizaremos los rasgos de la digitalización del comercio tradicional, la problemática de la economía digital, los nuevos factores a tener en cuenta en el nuevo concepto de establecimiento y, los mecanismos y soluciones que nos ofrecen organizaciones como la OCDE para delimitar una presencia digital significativa.

## II. Del comercio electrónico a la economía digital

### 1. Rasgos de la digitalización de los negocios tradicionales

7. En el ámbito internacional, actual, conviven dos modelos diferentes de política económica: por un lado, podemos clasificar el modelo que ha prevalecido durante los años previos a la aparición de internet y, por otro lado, podemos establecer el modelo de “economía digital”. Actualmente se puede afirmar que la economía digital ha absorbido los aspectos más relevantes de la economía tradicional clásica; a su vez, este nuevo modelo de economía se ha consolidado gracias a la evolución de las nuevas tecnologías, que han permitido realizar actividades o negocios en línea en una proporción incluso mayor que a través de una presencia física en un determinado territorio.

8. Ante esta situación, la primera pregunta que debemos plantearnos es ¿Qué es la economía digital?; la pregunta no es baladí, he intentaremos responderla en los epígrafes siguientes. En este sentido, la doctrina económica se ha venido pronunciando sobre el fenómeno de la económica digital; y así, autores como ZIMMERMANN y KOERNER<sup>2</sup>, definen este tipo de economía como:

*«Una economía basada en la digitalización de la información y la infraestructura de las TIC»; para otros autores como DEL AGUILA<sup>3</sup>, «este concepto es el que mejor define el impacto global de las TIC, no sólo las tectologías basadas en Internet, sobre la economía».*

9. A nivel económico, la economía digital ha supuesto un punto de inflexión en relación con las barreras de entrada y salida en el plano virtual. Esto significa que, si en un mercado físico las barreras suponen un verdadero desafío dentro del mercado tradicional, en una economía digital, las empresas digitales establecen los incentivos suficientes para ser más competitivas y, en consecuencia, desplazar a otras del mercado. En este sentido, es muy fácil reemplazar una función en la “nube” por otra; esta situación produce que cuando algunas empresas por alguna razón, no pueden crecer de forma significativa, ni mantener su participación en el negocio, el desarrollo de las TIC, hace que algunas de estas empresas puedan ser sustituidas por otras.

<sup>2</sup> Vid. H. DIETER ZIMMERMANN y V. KOERNER (1999) “*Emerging Industrial Structures in the Digital Economy - the Case of the Financial Industry*”. Association for Information Systems AIS Electronic Library (AISEL) pág.115.

<sup>3</sup> Vid. A.R. DEL ÁGUILA OBRA (2001) “*La economía digital y su impacto en la empresa: bases teóricas y situación en España*”. Boletín económico de ICE, Información Comercial Española núm.2705 pág.8.

**10.** Otro desafío al que se enfrenta la economía digital está estrechamente relacionado tanto con los usuarios, como con las funciones comerciales o empresariales que se llevan a cabo. Las empresas digitales tienen menos necesidad de contratar personal de un determinado territorio, ya que cuentan con una mayor flexibilidad a la hora de elegir donde ubicar los servidores y demás recursos. Por lo tanto, un mismo usuario o trabajador puede llevar a cabo distintas operaciones desde su localización, y que estas se desarrollen en distintos países sin necesidad de estar físicamente en ninguno de ellos. A nivel empresarial supone una enorme ventaja controlar y gestionar desde determinados territorios su actividad y su relación con los clientes.

**11.** Para organizaciones como la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), la economía digital está configurada en cuatro sectores, como son: las infraestructuras, las aplicaciones, el comercio electrónico y los nuevos intermediarios. Por otra parte, la misma organización en su Plan de acción BEPS<sup>4</sup> establece que:

*«La expansión de la economía digital también supone desafíos para la fiscalidad internacional. La economía digital se caracteriza por basarse, como ninguna otra, en activos intangibles, por el uso masivo de datos (especialmente de los de carácter personal), por la adopción general de modelos comerciales poliédricos que aprovechan el valor de las externalidades generadas por los servicios gratuitos, y por la dificultad de determinar la jurisdicción bajo la que tiene lugar la creación de valor».*

**12.** Algunas de las características o rasgos que nos permiten diferenciar la economía digital de la economía tradicional o mercantil son las siguientes:

**I. El desarrollo y la explotación de activos intangibles, que son aspectos fundamentales de la economía digital. Su inversión y explotación desempeñan un papel clave en la creación de valor y crecimiento de las empresas de e-commerce.**

**13.** En primer lugar, debemos hacer una distinción entre activos intangibles necesarios, y activos intangibles no esenciales. Los intangibles son parte fundamental de la actividad empresarial y, debido a su especial configuración suelen tener un elevado coste en investigación y desarrollo I+D.

**14.** Por otra parte, en relación con la economía digital uno de los principales problemas que se presentan, es la identificación y cuantificación de su valor, ya que estamos hablando de bienes inmateriales. Esta inmaterialidad provoca distorsiones en la cadena de valor en cuanto a lo que implica la creación de mismo; situación que puede producirse en aquellas actividades comerciales que solo concentran su valor en determinados activos intangibles que son difícil de valorar. En un primer término, abordaremos las oportunidades derivadas de las transacciones de bienes intangibles, los llamados “bienes o contenidos digitales” que ofrece el comercio electrónico, mediante la ejecución de todo un proceso de compra y entrega de bienes “vía online”. También, mencionaremos las ventas de servicios intangibles que, si bien pueden adquirirse vía Web, solo se podrán brindar de manera efectiva fuera de la red, por ejemplo, reserva de viajes, alojamientos turísticos etc.

**15.** Dentro de la cadena de valor existen varios procesos comerciales que van desde su desarrollo y producción, hasta la venta al cliente final; estos procesos han experimentado profundos cambios que han derivado de la implantación de Internet, como catalizador que incide en la forma de consumir los contenidos y, a su vez, en la forma de distribuirlos y venderlos, es decir, una nueva configuración de la cadena de valor. Esta nueva configuración favorece la aparición de modelos de negocio que, a su

<sup>4</sup> Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. “Cómo abordar los desafíos Fiscales de la Economía Digital” Acción 1: pág.29. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

vez, se adaptan a las nuevas formas de consumo y a la aparición de nuevos agentes que anteriormente no existían. Por lo tanto, aparecen nuevas oportunidades de negocio caracterizadas por el desarrollo de las plataformas y servicios digitales adaptados a estos nuevos hábitos, unos servicios cuyo acceso es ubicuo desde cualquier dispositivo móvil.

**16.** Por ejemplo, podemos mencionar los servicios de comunicaciones de banda ancha fija y móvil para servicios audiovisuales, o los servicios de las plataformas *Over-the-Top* (OTT) entre otros. Una plataforma de servicios OTT, es una plataforma que transmite, o difunde contenidos a diferentes dispositivos como: teléfonos inteligentes, tabletas, televisores inteligentes etc. y lo hace, a través de Internet. Una de las características de este tipo de plataformas es, que no requieren de una infraestructura de transmisión, pero sí, utilizan la red del proveedor; éstas pueden transmitir diferentes tipos de contenidos, pero hasta ahora los contenidos especializados en la distribución de material audiovisual son los que más han destacado. Una de las ventajas principales que proporcionan este tipo de plataformas es, que los usuarios pueden elegir el tipo de contenidos que más les gusta, en cualquier momento del día.

**17.** En cuanto a los proveedores de servicios audiovisuales, señalar que se ha producido un aumento sustancial de la demanda de contenidos digitales, que ha propiciado a su vez un crecimiento rápido en la industria de este tipo de contenidos, unos contenidos que a la vez se han ido adaptando a nuevos formatos (videojuegos, música, cine, publicaciones digitales etc.). Por ejemplo, en el caso de los videojuegos se ha ido sustituyendo de forma paulatina el videojuego de escritorio por una nueva generación de videoconsolas, consolidándose así nuevas formas de juegos online, que permite aprovechar aspectos como la sociabilidad en este tipo de juegos.

**18.** De esta forma, las funciones sociales que integran dichos dispositivos los transforman en una vía de ocio interactivo que va más allá del propio juego, facilitando a los usuarios completar la oferta con nuevos servicios en línea, redes sociales, o servicios en «*streaming*», entre otros. Todo este conglomerado se convierte en un nicho de oportunidades comerciales para emprendedores y empresarios en el mundo del sector digital. Por este motivo, el auge de modelos de distribución en línea, están contribuyendo a la aparición de numerosos estudios donde se manifiesta que las empresas de sector digital se están beneficiando con la reducción de costes que se produce en el desarrollo de la actividad virtual.

**19.** Por otra parte, existen tecnologías que ofrecen distintas formas de generar vivencias, y nuevas formas de consumo audiovisual, que están facilitando el desarrollo de programas perfectamente adaptables a los hábitos y exigencias de los clientes, por ejemplo, el cliente queda inmerso en el videojuego, hecho que representa una oportunidad importante en el sector digital, debido a que este perfil de cliente tiene la posibilidad de sentirse identificado con el producto, favoreciéndose de este modo la compra de esta clase de contenidos. En otra línea, existen aplicaciones de realidad virtual relacionadas con campos como el de la medicina, la seguridad y, o la prevención de riesgos laborales entre otros, muy importantes para el conjunto de la población. En definitiva, una nueva forma de consumo, que desde nuestro punto de vista genera nuevas oportunidades no solo para la industria del sector software, sino también, para otros sectores como los mencionados anteriormente, y otros como el editorial, donde el mundo digital, además de haberle permitido encontrar nuevas fórmulas para incrementar sus ganancias con la digitalización, han fidelizado sus consumidores. En el mundo editorial estas fórmulas pasan por la suscripción de sus clientes a un catálogo disponible donde éstos pueden acceder y bajarse un número ilimitado de obras, sin que exista intermediario físico de por medio, con la consiguiente reducción de costes para la editorial.

**20.** Otra ventaja que proporciona la digitalización del sector editorial, pasa por la autoedición, donde los autores pueden editar sus propias obras, por medio de plataformas de autoedición; en este formato el autor ejerce el control sobre la edición, formato y comercialización, y su vez, la plataforma obtiene un porcentaje del beneficio por las copias digitales vendidas. Finalmente, un nuevo nicho de oportunidades lo encontramos en el consumo de noticias online. En este ámbito, cada vez son más los

periódicos y revistas digitales que utilizan diferentes formatos de información, ya sea de forma escrita, o en forma de audio o video, para transmitir sus noticias, una tendencia alcista que se ha visto apoyada por el uso de los dispositivos móviles; como resultado se difunde una información instantánea y en línea, y desde nuestro punto de vista más actualizada y económica, factores que marcan la diferencia con la prensa tradicional.

## **II. Los avances tecnológicos, permiten cada vez con más frecuencia que las empresas desarrollen su actividad económica-comercial, con una plantilla mínima, y en ocasiones casi inexistente. Esta actividad la pueden llevar a cabo tanto por redes sociales, como en línea a través distintos modelos de negocio.**

**21.** Los avances tecnológicos han adquirido una importancia relevante durante los últimos tiempos, debido a la fuerte socialización de Internet, una socialización que ha generado unos efectos en las redes sociales que han influido en la toma de decisiones tanto del comprador, como del vender.

**22.** De esta forma, podemos ver como las decisiones de un grupo de usuarios concreto, pueden influir en la toma de decisiones de otros, tal como sucede en las conocidas aplicaciones en las que se realizan descargas, “likes” o solo “clicks” en un determinado asunto. En esta situación, la puesta en línea facilita enormemente la actividad comercial, ya que son los usuarios, quienes ubicados en diferentes partes del mundo contribuyen a ello. Seguidamente, establecemos las cinco causas principales por las que el *e-commerce* debe estar presente en las redes sociales:

1. En las redes sociales tenemos la posibilidad de generar comunidades de seguidores y fans con los que se puede establecer una comunicación bidireccional. Los clientes consumidores van a poder manifestar sus opiniones, ser escuchados y podrán recibir y obtener una mayor satisfacción.
2. En las redes sociales, existe la posibilidad de edificar nuestra imagen de marca, estar presente en las redes y demostrar que lo que vendemos es bueno. Además, podremos crear una marca distribuyendo su contenido a través de este tipo de redes.
3. Las redes sociales nos permitirán monitorizar nuestra reputación en línea, estar presente en estas redes nos permite identificar y reaccionar de forma inmediata en el caso de que un cliente o comprador se encuentre descontento y hable mal de nosotros. Estas situaciones son relevantes para poder gestionar nuestra actividad de cara al futuro, ya que está en juego nuestra imagen y nuestro prestigio.
4. Las redes sociales nos dan la posibilidad de vender nuestros productos, aunque existe esa posibilidad, no es aconsejable sustituir la tienda en línea por este tipo de redes, para ejecutar nuestras ventas; aunque puede ser una posibilidad, el *e-commerce*, nos brinda una mayor independencia para nuestro negocio.
5. Las redes sociales constituyen una fuente de captación de clientes y en consecuencia de ingresos cada vez más importante.

**23.** Cuando hablamos de modelos de negocio digital, hablamos de modelos comerciales multifacéticos o multilaterales, que son ampliamente aceptados tanto por usuarios, como por las organizaciones empresariales al establecer un negocio. Estos modelos se caracterizan por la presencia de una plataforma o intermediario común, en la que interactúan los usuarios conectados a ella, a través de su ordenador, desde distintas áreas geográficas de todo el mundo. De esta forma, todos estos usuarios realizan acciones que producen efectos colaterales externos, positivos o negativos, en otro grupo de usuarios.

**24.** Por lo tanto, este tipo de plataformas virtuales resultarán siempre atractivas para los usuarios, debido a que desde cualquier lugar del mundo existe la posibilidad de interactuar, con la única necesidad de contar con un dispositivo móvil, ordenador, o tableta, y conexión a la red. Aunque la

economía digital se amolda y cambia una y otra vez, no obstante, podemos agruparla en tres modelos de negocio:

- a) *Mercados online*: son aquellos mercados que funcionan a través de plataformas online, estas plataformas actúan como intermediarias entre el vendedor que ofrece sus productos, y el comprador o usuario final.
- b) *Plataformas de redes sociales*: como hemos señalado anteriormente a través de las redes sociales los usuarios vendedores anuncian sus productos y bienes para que los usuarios compradores puedan elegir y posteriormente adquirir.
- c) *Buscadores de internet*: los buscadores de internet son sistemas informáticos en manos de compañías, que están configurados mediante algoritmos que permiten a sus clientes finales buscar contenidos en la red de forma rápida y sencilla.

25. Los anteriores modelos de negocio, constituyen nuevas oportunidades de negocio a través del comercio digital, no obstante, también representan un importante desafío para las autoridades fiscales de los Estados donde operan las compañías digitales. Esta circunstancia, la intentaremos delimitar a lo largo del presente documento, en epígrafes sucesivos.

### **III. La creación de valor en el contexto de la economía digital está supeditada en gran medida al manejo, procesamiento e intercambio de datos. Es por esto, su dependencia, y de aquí, la importancia de saber el manejo de grandes volúmenes de datos.**

26. Gran parte de las organizaciones empresariales usan determinados procedimientos para recabar información relativa tanto de sus consumidores, como de sus proveedores. Esta práctica es de gran utilidad para las empresas, ya que, entre otras cuestiones, tienen la posibilidad de mejorar el servicio de cara a sus clientes, o bien, atender y reducir las posibles brechas de mercado donde éstas interactúan. La dependencia a este sistema “Big data” es absoluto, ya que actualmente es el único método que permite a las organizaciones conocer a sus clientes y proveedores sin necesidad de estar establecidas físicamente en una zona geográfica. Como resultado, se produce una reducción importante de costes en la actividad comercial. Para atender a estas cuestiones, es necesario que las organizaciones comiencen a desarrollar el intercambio de información a través de los medios digitales; por ejemplo, la gestión de pedidos, facturas, lista de precios, son solo el comienzo de la era donde la rapidez y la eficiencia en el intercambio de información son fundamentales para funcionamiento óptimo de la empresa a la hora de elegir sus productos.

27. Del mismo modo, es fundamental el manejo de un mismo lenguaje a la hora de aplicar los sistemas informáticos con los cuales se pretende interactuar comercialmente. En cuanto al intercambio de datos conocido también como *Electronic Data Interchange* (EDI) es primordial buscar una comunicación empresarial estándar y digitalizada durante el intercambio de transacciones comerciales, que debe acreditarse mediante documentos comerciales. EDI, es una manera estandarizada y organizada de desarrollar un negocio digital a través de la transferencia directa de datos “sub-digitales”, por lo tanto, podemos decir que el uso de este sistema aumenta la eficiencia de las operaciones comerciales, ofreciendo como resultado una mayor productividad en los procesos de la organización, debido a que disminuyen las transacciones en papel y la intervención de personas. Asimismo, EDI marca las pautas de la estructuración de la documentación electrónica, para que se transmita de forma eficiente al lugar donde se produce el intercambio, desarrollado a través de software informático, que actúa como una interfaz a través de la cual se puede intercambiar la información comercial, por ejemplo, facturas, pedidos, documentos aduaneros etc. Por lo tanto, con este proceso se optimizan las operaciones básicas de la empresa.

28. A la hora de mejorar los canales de comunicación, es fundamental mantener buenas relaciones no solo entre vendedor y comprador, sino también con terceros, es decir, con otras compañías, entidades bancarias y entidades públicas; estas relaciones optimizarán aún más los canales de comunicación y la

transmisión de la información. En este sentido, EDI, ofrece una serie de reglas mundiales que definen la estructura más conveniente en cada momento, facilitando de este modo las labores administrativas internacionales. El propósito principal de EDI, es satisfacer la necesidad de aglutinar los documentos comerciales de una empresa utilizando al mínimo la participación humana; en consecuencia, debido al proceso de automatización de proceso, se reducen costes, tiempo y movimientos. Hay que señalar que, aunque este sistema está dirigido al intercambio comercial entre empresas y consumidores, hoy en día, es utilizado por entes y organismos públicos. Por lo tanto, podemos resumir las ventajas de EDI en que: reduce costes de mano de obra; aumenta la eficiencia reduciendo errores y optimizando la velocidad del proceso; mejora la trazabilidad de los intercambios reduciendo el tiempo; mejora y, fortalece, las relaciones comerciales.

29. Finalmente, un factor a tener en cuenta en el proceso de intercambio de datos es la seguridad, y el control de acceso a la protección de datos ante posibles ataques informáticos, garantizando la integridad y confidencialidad en el intercambio de la información en todo momento, por lo que es necesario que tanto empresarios, como clientes, tengan una conexión segura a la red.

#### **IV. La mayor capacidad de acceder a mercados internacionales lo que incrementa considerablemente la posibilidad de suministrar bienes y de prestar servicios más allá de las fronteras.**

30. En el año 2020, el comercio electrónico logro. facturar aproximadamente unos 1.655 billones de euros en todo el mundo, y para el 2023, se espera que supere los 2.300 billones. Aun así, hoy en día el comercio tradicional sigue generando más confianza en la población que el comercio electrónico. En 2020 el comercio electrónico representó aproximadamente el 14% de las ventas totales en el mundo, y para el año 2021 se prevé que esta cifra se eleve al 17,5%.

31. Es evidente que la industria del comercio electrónico está en continuo crecimiento, del mismo modo que cada día surgen nuevos mercados de comercio electrónico que pasaran a engrosar las cifras anteriormente descritas. A partir de esta conceptualización, la OCDE establece que<sup>5</sup>:

*«El éxito y la expansión de las empresas dependen también, de modo decisivo, de su capacidad de competir en el nuevo entorno económico, que las TIC están contribuyendo a configurar. Pese a la disponibilidad universal de las TIC, su uso sigue variando entre empresas, particulares y países».*

32. A continuación, describiremos a groso modo distintos mercados en el comercio electrónico entre los que se encuentran los más grandes del mundo, y lo haremos en términos de ventas B2c del país.

33. En la actualidad, China es el mercado de comercio electrónico más grande del mundo, liderado por filiales comerciales de grupos como: Alibaba, Taobao o Tmall entre otros. En cifras, China posee una tasa de crecimiento anual del 35% y, es uno de los mercados internacionales que con mayor rapidez está creciendo. En ventas online según Kinsta<sup>6</sup>, en 2019 alcanzó los 672.000 millones de dólares, lo que representó el 15,9% en las ventas minoristas totales de ese año. Durante muchos años Estados Unidos ha liderado las ventas en comercio electrónico, pero en la actualidad se configura como el segundo mercado más grande del mundo. A través de gigantes como Amazon, eBAY, o Walmart, en Estados Unidos se observa un crecimiento en las ventas durante los últimos años; en cifras, las ventas online alcanzaron los 340.000 millones de dólares que representa el 7,5% de las ventas minoristas totales. (datos según Kinsta).

<sup>5</sup> Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2015, pág. 149. Recuperado en: [https://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015\\_SP\\_WEB.pdf](https://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015_SP_WEB.pdf)

<sup>6</sup> KINSTA: proveedor de WordPress. Recuperado en: <https://kinsta.com/es/blog/estadisticas-ecommerce/>

**34.** Continuando con otros Estados punteros en ventas en el comercio electrónico, Reino Unido a pesar de su pequeño tamaño en comparación con Estados Unidos o China, se consolida en el tercer lugar en ventas a través del *e-commerce*. En este país anglosajón, plataformas como Amazon UK, Argos y Play son los sitios web preferidos, y los que tienen un porcentaje más alto de ventas minoristas en relación al comercio digital; con una facturación aproximada de 200.000 millones de euros en 2019, representan el 14,5% de las ventas minoristas totales. Por su parte, Japón ocupa el cuarto lugar en el mundo, en ventas digitales con la peculiaridad de que es líder en comercio móvil, un comercio que se realiza a través, de dispositivos móviles como smartphones o tablets, incluyendo también el pago. La plataforma más utilizada en el país nipón es Rakuten. En Japón las ventas online según el portal Statista alcanzaron la cifra de 80.762 millones de euros, o lo que es igual el 5,4% de las ventas minoristas totales. En el caso de Europa, tendremos que llegar a Alemania para encontrar el primer país de la Unión Europea que se encuentra dentro del ranking de ventas a nivel mundial en comercio electrónico.

**35.** En Alemania, será a través de plataformas como Amazon y eBay donde se realizan la mayor parte de las ventas digitales en este país. En el año 2019 según un estudio encargado por Asociación Alemana de Comercio Electrónico y Orden por Correo (bevh)<sup>7</sup> fueron 72.600 millones de euros, el montante por las ventas a través del comercio digital, que supusieron el 8,4% de las ventas minoristas totales. Continuando en la Unión Europea, Francia se configura como el segundo país comunitario y quinto en mundo en cuanto a ventas digitales se refiere, unas ventas que se efectúan en plataformas como Odi-geo y Cdiscount, que mantienen la ventaja sobre su inmediato competidor estadounidense Amazon, que también está implantada en territorio galo. Las ventas en Francia en 2019 ascendieron según datos publicados por la Federación de Comercio Electrónico francesa (Fevad)<sup>8</sup> a 103.400 millones de euros, que representan una participación en el comercio electrónico y en las ventas minoristas totales del 5,1%. Otros Estados a destacar son Corea del Sur, con 37.000 de dólares en ventas; Canadá con 30.000 millones de dólares o Rusia, que, a pesar de ser un país importante tanto por su tamaño, como por su población, alcanzo una cifra de 20.000 millones de dólares en 2019.

**36.** El comercio electrónico está en constante crecimiento, no solo en volumen de ventas, sino también en diversificación. A nivel geográfico, Asia y el Pacífico son unas de regiones en las que más se está apostando por el comercio digital, y donde se espera que durante los próximos años aumenten el volumen de negocio. Hasta muy recientemente, era el mercado norteamericano el que ocupaba ese lugar; encontrar nuevos espacios de venta conlleva implementar nuevos conocimientos en este mercado, y adaptar las estrategias de venta. Cada día a nivel internacional, las ventas transfronterizas van ganando mayor importancia, ya que se abren nuevas líneas de negocio para las empresas, que no tienen que invertir excesivamente para generar negocios en nuevos mercados. Finalmente creemos que vender en países limítrofes no solo implica establecer una logística importante, sino que también, que se pueden lograr buenos resultados con la estrategia correcta.

## 2. Definición y modalidades de comercio electrónico

**37.** Cuando hablamos de Tecnologías de la información (TI), nos referimos a aquellos elementos que durante los años han avanzado facilitando modelos de negocio innovadores que antes era impensable su presencia. El elemento común que comparte el uso de estas tecnologías es “Internet” (International Network of computers) cuya creación se produjo en los años sesenta del pasado siglo. Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas entre sí; en estas redes se almacenan diferentes tipos de información en el denominado “Portal” o “Plataforma digital”, y es a través de estas redes donde se han creado distintos modelos de negocio basados en los servicios de publicidad, la intermediación, el contenido, la comunidad, la integración con otros dispositivos tecnológicos y el comercio.

<sup>7</sup> BEVH: Asociación Alemana de Comercio Electrónico y Orden por Correo. Recuperado en: <https://www.bevh.org/>

<sup>8</sup> FEVAD: Federación de Comercio Electrónico Francesa; Recuperado en: <https://www.fevad.com/indicateurs/>

**38.** Doctrinalmente son varias las definiciones que se han dado sobre “comercio electrónico” o, *e-commerce* (en inglés). Inicialmente la definición se limitaba a las transacciones realizadas electrónicamente, como el intercambio de información. Sin embargo, con el aumento de la popularidad de Internet a mediados de la década de los años noventa del pasado siglo, el intercambio de información se transformó, y comenzó a extenderse el concepto venta de servicios, estableciéndose la red en un medio de venta donde se usan como forma de pago otros medios electrónicos como son las tarjetas de crédito, las transferencias bancarias, plataformas de pago etc. A pesar de todo, en ese momento la definición de comercio electrónico solo se asocia al comercio por internet, y no se tiene en cuenta los diversos elementos que conforman hoy en día una operación de venta dentro de este ámbito. Una primera visión en esta dirección, la encontramos en autores como TORRES MANRIQUE<sup>9</sup> cuando señala que:

*«El comercio electrónico es el comercio que se realiza teniendo como intermediarios medios electrónicos, es decir, este tipo de comercio es el que se celebra a través de internet, que puede ser a través de una página web o de correos electrónicos, o de ambos al mismo tiempo, o de firma electrónica y firma digital».*

**39.** Teniendo en cuenta el elevado número de operaciones que se realizan a través de Internet, y que quedan fuera del ámbito fiscal, podemos decir, que esta definición es demasiado estricta, ya que existen otras definiciones donde se da más cabida a la naturaleza civil y mercantil.

**40.** Otra definición acota el concepto a aquellos bienes que solamente pueden venderse en vía telemática; es el caso de NOCETE CORREA<sup>10</sup>, el comercio electrónico:

*«Es aquel constituido por aquellas transacciones de bienes o prestaciones de servicios, indicadoras de capacidad económica, en las que la transmisión del bien o la prestación del servicio se realizan, íntegramente, mediante la utilización de tecnologías telemáticas».*

**41.** En la normativa española<sup>11</sup>, la definición de comercio electrónico, está en consonancia con la establecida por la Unión Europea en la Directiva. 2000/31/CE<sup>12</sup>; además, es considerado como servicio de la sociedad de la información donde el comercio electrónico es:

*«Cualquier servicio prestado a distancia, normalmente a título oneroso, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual del receptor del servicio».*

**42.** A nivel internacional, una de las primeras organizaciones en establecer una definición sobre comercio electrónico fue OCDE, en 1997, para esta organización, el comercio electrónico es aquel que: *«incluye todas las transacciones comerciales, tanto entre organizaciones como entre individuos, que se basan en la transmisión y proceso de datos digitales, incluyendo el texto, el sonido y las imágenes».*

**43.** En el año 2000 la organización actualizó tal definición, y lo hizo mediante dos definiciones<sup>13</sup>:

— Definition broad (amplia definición): *«una transacción electrónica es la venta o compra de bienes o servicios, ya sea entre negocios, hogares, individuos, gobiernos y otras organizaciones privadas, realizadas a través de redes informáticas. Los bienes y servicios son*

<sup>9</sup> Vid. F. J. TORRES MANRIQUE (2008) “Comercio electrónico”. Revista Derecho y Cambio Social núm. 15.

<sup>10</sup> Vid. F. NOCETE CORREA (2006) “La fiscalidad del comercio electrónico”. Crónica tributaria núm.120 pág. 113.

<sup>11</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>

<sup>12</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, (Directiva sobre el comercio electrónico). Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295>

<sup>13</sup> THE OECD DEFINITIONS OF INTERNET AND E-COMMERCE TRANSACTIONS (2019). Recuperado en: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/2771174.pdf>

*ordenado a través de esas redes, pero el pago y en la entrega final del bien o servicio puede ser realizado en o fuera de línea».*

Incluye: pedidos recibidos o realizados en cualquier aplicación en línea utilizada, automatizando transacciones como aplicaciones de Internet, EDI, Minitel o sistemas telefónicos interactivos.

- Definition narrow (definición corta): *«una transacción por Internet es la venta o compra de bienes o servicios, ya sea entre negocios, hogares, individuos, gobiernos y otras organizaciones privadas, realizadas a través de Internet. los bienes y servicios se ordenan a través de esas redes, pero el pago y la entrega final del bien o El servicio se puede realizar en línea o fuera de línea».*

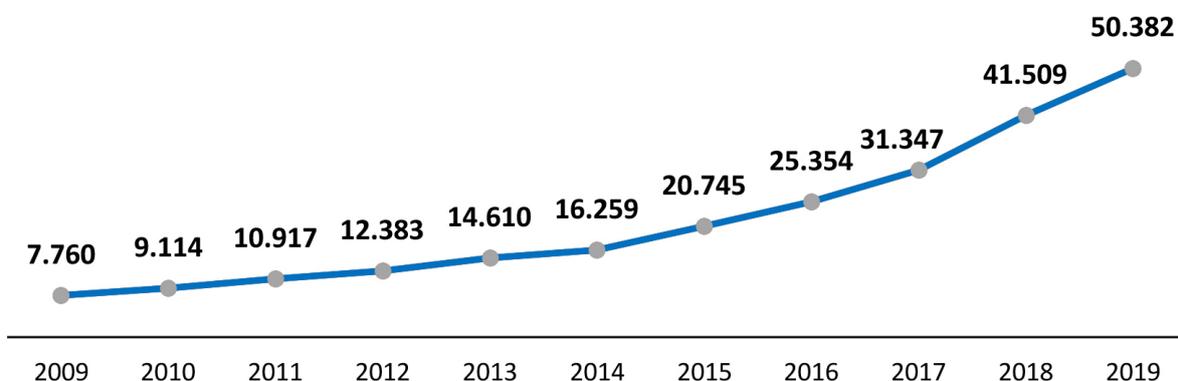
Incluye: pedidos recibidos o realizados en cualquier aplicación de internet utilizada, automatizando transacciones como páginas web, extranets y otras aplicaciones que se ejecutan en Internet, como EDI a través de Internet, Minitel a través de Internet o de cualquier otro sitio web habilitar la aplicación independientemente de cómo Se accede a la web (por ejemplo, a través de un móvil o un Televisor).

44. Por su parte, para la Organización Mundial del Comercio (OMC), el comercio electrónico es: *«la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones».*

45. Cuando utilizamos el concepto comercio a través de las redes, nos estamos refiriendo al “comercio electrónico”, es decir, a la entrega de bienes y prestación de servicios realizados a través de la red. En este caso Internet se convierte en el principal canal de comunicación entre un proveedor y su cliente, sin que exista un establecimiento o presencia física donde tenga que desplazarse el cliente consumidor para adquirir su producto. En este tipo de operaciones es importante destacar el grado de intervención de las personas ya sean físicas, o jurídicas de cara a establecer su contribución al sistema impositivo de las haciendas estatales, según MERKX<sup>14</sup>: *«Los servicios solo se pueden calificar como “servicios electrónicos” cuando existe una mínima intervención humana».*

46. En este caso, el grado de intervención humana debe evaluarse en función de las relaciones entre el prestador del servicio a través de la red y el cliente. Cuando se presta un servicio de esta naturaleza es cuando se analiza con detalle la incidencia de la intervención humana en este tipo de operaciones digitales. El comercio electrónico es una revolución autentica en el modo que se realizan las transac-

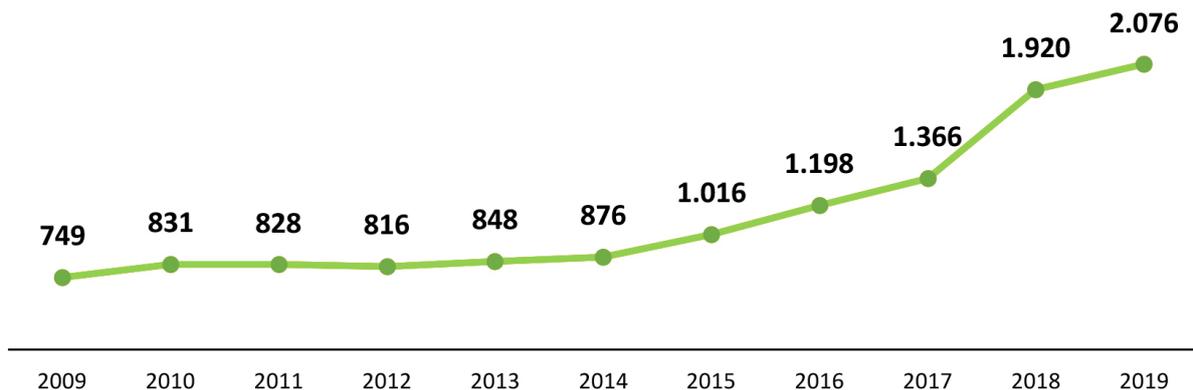
*Volumen de negocio del comercio electrónico B2 en España (Evolución 2009 - 2019) (Millones €)*



Fuente: encuesta INE y Encuesta online de comercio electrónico, ONTSI. (2018-2019).

<sup>14</sup> M. MERKX (2018) “Cuando la intervención humana es mínima International VAT Monitor” (Volumen 29), núm.1.

Gasto medio anual por internauta comprador en comercio electrónico B2C en España (Evolución 2009-2019) (€)

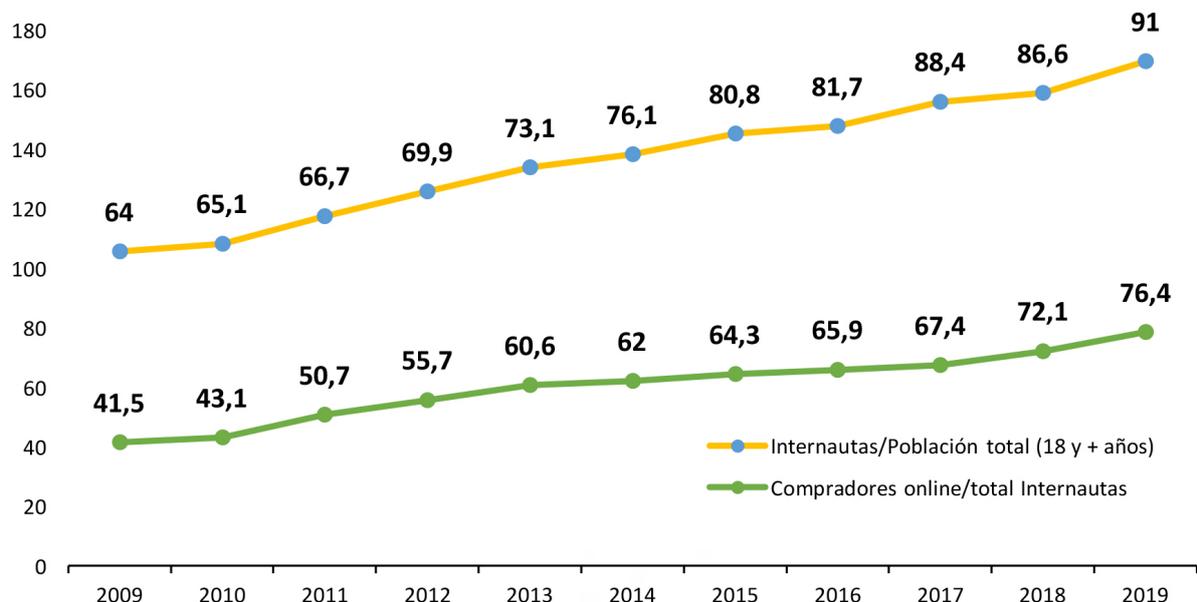


Fuente: encuesta INE y Encuesta online de comercio electrónico, ONTSI. (2018-2019).

ciones económicas; la compra y venta y la prestación de servicios se pueden realizar de infinitas formas, ya sea a través de páginas web, a través de plataformas digitales, o a través de redes sociales. Desde que existen registros, las ventas a través de internet han ido en tendencia ascendente hasta el punto de llegar a superar en España los 50.000 millones de euros en el año 2019, lo que supone un aumento de un 21,4% más (8.873 millones de euros) respecto al año anterior. Durante el 2019 cada comprador internauta gastó de media unos 2.076 euros en compras vía comercio online, cifra que se ha duplicado desde 2015 cuando el gasto era de 1.016 euros por comprador, y 156 euros más respecto a 2018.

47. En cuanto al número de compradores la tendencia en España también ha sido al alza; tanto es así, que, en el año 2019, un 76,4% de la población, (24,3 millones de personas) efectuaron alguna compra a través de las redes, cifra que supone un incremento del 12,2% con respecto al año 2018. Como

Internautas y compradores online en España (Evolución 2009-2019)



- % internautas 91,0% (31 millones de personas).
- % internautas compradores 76,4% (24,3 millones de personas).
- Gasto medio anual por comprador 2.076 €.
- Volumen total de gasto 50.382 millones €

Fuente: encuesta INE y Encuesta online de comercio electrónico, ONTSI. (2018-2019).

podemos comprobar las cifras son verdaderamente espectaculares, más aún, conociendo que, en España en el año 2019, utilizaba internet el 91% de la población, de los cuales tan solo 23,6% de ellos (unos 7 millones de personas) no efectuaron compra online alguna; el resto, sí.

**48.** En términos de cifras, los productos más demandados a través de la red por los internautas durante 2019, y de los 24,3 millones de compradores, el 59,2% de éstos adquirieron calzado, ropa y complementos; el 52% realizaron reservas de alojamiento y paquetes turísticos; un 49% compraron estradas para espectáculos y eventos; en billetes de transporte la cifra alcanza el 45,3%; la compra de comida a domicilio alcanza el 38% de las compras etc. Por volumen de gasto, serán los billetes de transporte y las reservas de alojamientos turísticos los que sobresalen en las compras online, compras que, en 2019, representaron el 30,9% del gasto total, alcanzándose la cifra de 15.593 millones de euros. Una cifra importante de cara al futuro en relación al comercio digital es el porcentaje de compradores online de productos digitales, un porcentaje que pasa de del 3,7% en 2018 al 11,8% en 2019, un crecimiento en ventas que dobla al sufrido por la venta tradicional de productos físicos.

**49.** Estas cifras se ven aún más consolidadas, ya que los clientes internautas optan cada vez con más frecuencia a suscribirse a algún servicio o contenido digital de pago, una cifra que alcanzó los 10,5 puntos porcentuales en 2019. En este tipo de suscripciones destacan las suscripciones a plataformas digitales audiovisuales en «*streaming*»; un 94% de los usuarios de internet se han suscrito en algún momento a algún tipo de plataformas de estas características; del mismo modo, un número importante de clientes han accedido a plataformas de juego de azar, apuesta de loterías etc. Como podemos observar, la economía digital ha crecido de forma exponencial durante los últimos años, algo que se debe en gran medida al uso de las nuevas tecnologías y de Internet. Esta realidad ha generado una dependencia a estos medios no solo para prestar servicios, sino para adquirir bienes. Por lo tanto, podemos afirmar que la economía digital es un modelo económico que incluye tanto a servicios gestionados a través de internet, como aquellos relacionados a las tecnologías de la información. En este caso, Internet es un instrumento fundamental en este mercado, para la comercialización y entrega de productos y servicios; además, es una herramienta que permite el intercambio de estos, de forma más rápida y a nivel global.

**50.** En una economía digital, cada vez son más frecuentes los negocios a través de una plataforma, donde no requiere de presencia física para el intercambio de productos y, o servicios; en cambio, el intercambio solo requiere de datos en línea (online) y de la gestión de los mismos. El comercio digital, ha flexibilizado en gran medida la economía tradicional modificada hasta el punto de que las empresas digitales han desterritorializado la actividad económica y su fiscalidad. Como establece SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO<sup>15</sup>:

*«Mediante el uso de internet se puede operar en cualquier mercado sin necesidad de una presencia física, lo que nos lleva a evitar la incidencia fiscal basada en el territorio o el criterio de permanencia asociado a la residencia. En definitiva, esta forma de operar provoca el efecto de desterritorializar la fiscalidad por el hecho de practicar un tipo de comercio que puede ser calificado de inmaterial».*

**51.** La desterritorialización de la fiscalidad nos lleva a plantearnos la creación de nuevas reglas que impidan la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios a Estados más favorables; cuestión que trataremos en sucesivos epígrafes.

**52.** El comercio digital ha cambiado los hábitos tradicionales de consumo; ahora nos encontramos con un consumidor virtual al que el comercio tradicional no le parece importar, ya que, para él, poder acceder al mercado sin tener que desplazarse ha acentuado aún más su zona de confort. Este consumidor final ha cambiado por tanto el panorama económico tradicional. Si los principales destinatarios

<sup>15</sup> Vid. G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO (2018) “Reflexión sobre los avances de la OCDE en la economía digital y su extrapolación a la economía colaborativa”, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, pág. 168.

de bienes y servicios cambian sus hábitos de consumo, las compañías y grandes empresas también lo deben de hacer, creando páginas web, y destinando parte de sus recursos para digitalizar su actividad de cara a ser más competitivo dentro del mercado digital. Según SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO<sup>16</sup>:

*«Los Estados tienen gran parte de responsabilidad en la consecución de instrumentos y acciones coordinadas frente al fenómeno digital. Los Estados son los primeros interesados en la regulación de este fenómeno y los responsables de actuar de manera coordinada frente a los desafíos actuales y futuros que plantea la economía digital, y eso sólo será posible si aúnan más esfuerzos de cara al futuro para adoptar soluciones conjuntas».*

**53.** Entre los muchos desafíos a los que se enfrentan los Estados en la economía digital, además del fiscal, podemos establecer los siguientes:

- i. La multiplicación de puntos de acceso: esta circunstancia afecta tanto en el ámbito tiempo, como en el espacio, ya que provoca menores restricciones, un aumento de la deslocalización de las empresas y por consiguiente de la propia fiscalidad.
- ii. El incremento de la eficiencia empresarial: el incremento de la eficiencia en el nuevo contexto económico, provoca nuevos cambios en la comunicación interna de la empresa; por lo tanto, se deben introducir y difundir nuevos valores, y establecer nuevas pautas de gestión en el desarrollo organizacional.
- iii. Aparición del “intermediario digital”: en las transacciones digitales participan distintos sujetos con distintos roles; es decir, el cliente y el vendedor que ostentan sus propios roles; el problema puede aparecer cuando aparece la figura del intermediario, y el rol que éste puede adoptar; si entendemos que el operador de la plataforma es el mero intermediario cliente/vendedor, cuando hablamos de responsabilidad de las plataformas digitales hay que diferenciar entre plataformas intermediarias neutrales y las que ejercen un control sobre el servicio subyacente, es decir, entre el “intermediario digital” o el “prestador del servicio”.
- iv. La digitalización de la actividad económica: esta digitalización, genera numerosos cambios tanto en los hábitos, como en la forma de realizar las transacciones vendedor/cliente, entre los que están el ofrecimiento de servicios intangibles.
- v. La utilización generalizada de unas pocas lenguas: el idioma es un factor decisivo en las compras online; en las plataformas de compra y venta es importante crear el contenido en varios idiomas, ya que el porcentaje de clientes extranjeros es muy elevado, por lo tanto, es importante ofrecer a los clientes una versión del producto adecuada a su propio idioma.
- vi. La menor influencia de las pequeñas y medianas empresas en internet: aunque la digitalización es pieza fundamental para el crecimiento y desarrollo de las Pymes, la gestión y los recursos para implementar estas tecnologías son muchos más reducidos, que los que poseen las grandes empresas, por lo que su competitividad dentro del mercado digital es mucho menor.
- vii. El reforzamiento del valor del capital humano en las empresas: la nueva economía digital plantea nuevos retos en el desarrollo humano, ya que se requiere un periodo de adaptación y una mayor cualificación específica para los cambios que exige la economía digital.
- viii. La globalización económica: esta globalización representa importantes desafíos, ya que las nuevas características que presenta este tipo de economía digital, hacen que las transacciones se efectúen con mucha velocidad sin importar la procedencia de las partes.

**54.** Por otra parte, en cuanto a la forma en que se acuerdan las transacciones referentes a la economía digital, podemos establecer distintas modalidades que enunciamos a continuación:

---

<sup>16</sup> Vid. G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO (2016) “La influencia de la economía digital en el concepto de establecimiento permanente en un entorno post-beps”. Revista Quincena Fiscal num.13. Editorial Aranzadi S.A.U.

- Transacciones entre empresas (*“Business-to-Business”*, “B2B”). Nos encontramos ante un modelo de negocio donde las empresas venden sus productos o servicios de carácter digital a otra empresa; generalmente se relaciona con un comercio mayorista, aunque en ocasiones pueden establecerse prestaciones de servicios y consumo de contenidos. El proyecto de un B2B, se centra más en los proveedores de bienes y servicios, que en la demanda de los clientes. Este modelo se centra en las cualidades objetivas del producto en el mercado y en su funcionalidad. Una empresa presta servicios a otra que se los demanda, con la finalidad de aumentar sus ventas; por ejemplo, a través Portales Marketplace<sup>17</sup>, unas empresas demandan productos y otras los ofertan. Otro ejemplo de B2B, son las empresas que ofrecen contenidos web a través de redes sociales; Entre las ventajas que ofrece el B2B, están el ahorro de tiempo y costes, existe una mayor personalización por cliente; inconvenientes, presenta más dificultades a la hora de fidelizar al cliente.
- Transacciones entre empresa y consumidor (*“Business-to-Consumer”*, “B2C”). Se trata de un modelo de negocio en el cual una empresa vende sus bienes y servicios al consumidor final. Puede darse el caso de que la venta o prestación se realice mediante servicios en línea o bien, a través de plataformas. Este modelo, es el más utilizado por los usuarios de internet, los canales que más se utilizan para realizar las transacciones son: emails de marketing, las redes sociales, los blogs, canales como YouTube, o plataformas como Amazon.
- Transacciones de consumidor a consumidor (*“Consumer-to-Consumer”*, “C2C”): En este caso existe una empresa que actúa de intermediaria entre dos clientes. se establece una relación comercial donde la empresa tiene como finalidad aportar el espacio Marketplace, para facilitar el intercambio de productos entre dos consumidores finales; eBay o Wallapop son claros ejemplos de herramientas Consumer to Consumer.
- Transacciones entre la administración y consumidores (*“Administration-to-Consumer”*, “A2C”). Esta modalidad es empleada para realizar trámites como el pago de sanciones.
- Transacciones entre las empresas y la administración (*“Business-to-Administration”*, “B2A”). Es la relación que se establece entre la empresa y la administración sobre negocios relacionados con portales de transparencia para los Entes Públicos.
- Transacciones entre empresas y administraciones públicas (*“Business-to-Government”*, “B2G”). Es el comercio donde las empresas especializadas en Proyectos de Ingeniería, Sistemas, Marketing, Servicios o asesorías brindan a los Gobiernos sus servicios de fabricación de equipos tecnológicos, Hardware, robótica etc.
- Transacción de consumidor a empresa (*“Consumer-to-Business”*, “C2B”). Este tipo de transacción es muy similar al modelo B2C con la única diferencia de que el consumidor genera un valor a la empresa como intermediario, vendiendo sus servicios por ejemplo como *influencer* recomendando un producto de la empresa de la cual recibe un pago.
- Transacciones entre la Administración y las empresas (*“Administration-to-Business”*, “A2B”). Esta modalidad, es la que ofrece la administración para la realización de trámites de pago con las empresas son transacciones donde se efectúan auditorías, certificaciones de calidad, denominaciones de origen promoción al exterior etc.

**55.** Para finalizar, una vez vistos los distintos modelos que se emplean en las transacciones de la economía digital, es necesaria destacar que los sistemas fiscales que se aplican a los modelos descritos anteriormente poseen puntos débiles que favorecen la erosión de ingresos para las arcas públicas de los Estados, y que se analizarán en el presente documento.

<sup>17</sup> El Portal Marketplace se puede definir como un local digital para hacer compras: dicho portar puede contener productos variados, o bien destinarse a un segmento específico. Un Portal Marketplace está estructurado en: la plataforma, que sirve de puente para realizar las transacciones; El vendedor, que como asociado ofrece los productos previamente ordenados. El cliente, que es el destinatario final del producto.

### III. Desafíos que plantea la economía digital en la fiscalidad internacional

#### 1. La economía digital y su problemática

56. Con el auge de las tecnologías de la información, el mercado digital y los nuevos modelos de negocio, descritos anteriormente, aparecen nuevos desafíos para la economía digital que dejan en evidencia los sistemas tributarios tradicionales de las diferentes jurisdicciones internacionales, que se traducen en pérdidas de recaudación para sus arcas. Esta diversificación tributaria es aprovechada por las distintas compañías internacionales para planificar su fiscalidad en beneficio propio.

57. Conscientes de este problema distintas organizaciones internacionales como el G-20, o la Organización para la Cooperación y Desarrollos Económicos (OCDE), establecen medidas para evitar el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación evitando la erosión y evasión fiscal. Es en julio de 2013, cuando se publica el «Plan de acción contra la erosión de la base imponible y traslado de beneficios (por sus siglas BEPS)». Este plan está integrado por 15 acciones de las cuales, la primera de ellas se titula «Retos de la economía digital para la imposición». La Acción 1 del plan BEPS, va dirigida a abordar los retos y desafíos de la economía digital y su imposición; una economía digital en constante expansión, donde las transacciones están aumentando de forma exponencial, a la vez que también aumenta el fraude fiscal en este tipo de economía.

58. La economía digital presenta características muy distintas en relación a su fiscalidad, aunque no difiere mucho a la de la economía tradicional; la principal, la encontramos en la forma de realizar las transacciones, ya que la economía digital utiliza las nuevas tecnologías de la información y comunicación como Internet, que ha propiciado un aumento importante del comercio online durante las últimas décadas a través de plataformas como Google, Apple, YouTube, Amazon, Netflix entre otras.

59. Una de las principales dificultades de la economía digital aparece cuando las grandes multinacionales utilizan las tecnologías para eludir el pago de impuestos; es importante destacar la forma de actuar que tienen este tipo de macroempresas, que utilizan una estrategia muy similar, que consiste en instalar filiales en diferentes jurisdicciones o países con la finalidad de reducir la base imponible en el momento de tributar; generalmente los países en los que suelen establecer dichas sedes, suelen ser considerados “paraísos fiscales” o de baja tributación. En este sentido desde nuestra perspectiva, creemos que es necesario destacar que la economía digital no solo incluye la venta de bienes y servicios, (actividad que se conoce con el nombre de *e-commerce*), sino que, además, suele desarrollar otras actividades de intermediación, basadas en actividades que facilitan el contacto a sus usuarios para de este modo facilitarles las compras y las ventas. Este tipo de organizaciones empresariales suelen ubicarse en Estados con una elevada seguridad jurídica en cuanto a la protección de datos se refiere. Por lo tanto, podemos considerar que este tipo de organizaciones buscan en su modo operandi obtener una gran opacidad que dificulte la obtención de información sobre sus rentas de cara a tributar por ellas.

60. Por otra parte, es evidente que este tipo de comportamientos al uso, causan una gran preocupación entre los Estados, lo que ha generado el establecimiento de medidas para combatir el fraude y la elusión fiscal en el mercado de las transacciones digitales. Ante esta disyuntiva, el 5 de junio de 2021 los miembros del G-7 se reúnen en Londres<sup>18</sup>, para acordar distintas medidas que supondrán un antes y un después en la forma de tributar las rentas digitales. En este sentido se prevé establecer un tipo impositivo mínimo del 15% del IS en el lugar o Estado donde se obtengan los beneficios, para luchar contra el fraude y la evasión fiscal. Esta medida supone que empresas como Amazon, Google o Facebook, no puedan tributar por sus operaciones realizadas en los territorios donde obtienen beneficios en condicio-

<sup>18</sup> G-7 Finance Ministers Agree Historical Global Tax Agreement (2021) 05 de junio. Recuperado en: <https://www.g7uk.org/g7-finance-ministers-agree-historic-global-tax-agreement/>

nes más ventajosas que las empresas con presencia física o establecimiento permanente en esos mismos territorios. La media sería ratificada en la reunión del G-20 celebrada en julio del mismo año.

**61.** Por otra parte, con la acción 1 del Plan BEPS, también se pretende ofrecer una solución al problema que surge en la tributación de las rentas procedentes del comercio digital, que no solo daña a los Estados donde se deja de tributar lo que realmente debería tributarse, sino que, además, produce un beneficio “ilícito” para este tipo de empresas organizadas. A pesar de todo, para autores como JIMÉNEZ VARGAS<sup>19</sup>:

*«La implementación de dichas medidas no es fácil, ya que dicho proyecto plantea algunos problemas de interacción entre los Estados por su carácter global»*

**62.** En el caso de Europa, gracias al Plan BEPS, a partir de 2017, comienzan a desarrollarse numerosas iniciativas que desembocarán en dos proyectos; por un lado, se establece un marco de imposición directa que permita a los Estados miembros gravar los beneficios que se generen en su territorio por parte de empresas con presencia digital; por otro lado, se establece un régimen transitorio que hará gravar con un 3% los ingresos generados por este tipo de actividades digitales, en concepto de publicidad e intermediación de las plataformas digitales. Según JIMÉNEZ VARGAS:

*«Se deben buscar mecanismos flexibles sin tener en cuenta una eventual incidencia de estos sobre la aparición de desigualdades fiscales entre Estados que podrían condicionar las decisiones de las multinacionales en relación a la tributación de sus rentas».*

**63.** En este sentido, no son pocas las ocasiones en que la Unión Europea a través, del Consejo, ha destacado la importancia de establecer determinadas estrategias fiscales para establecer un Mercado Único Digital. Para ello, ha instado a los Estados miembros a agilizar la aplicación de mecanismos donde se incluya la supresión de barreras que, a fecha de hoy, aún siguen obstaculizando la libre circulación de bienes y servicios en línea; asimismo, el Consejo de Europa, insta a poner fin a la discriminación injustificada por motivos de localización geográfica. Este hecho queda consensuado con la aprobación del Reglamento 2018/302 del Parlamento Europeo «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». Paralelamente se modificarán el Reglamento 2017/2394/UE, «sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores» y la Directiva 2009/22/CE, «relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores».

**64.** Continuando con este epígrafe, la fiscalidad de la economía digital plantea otros desafíos que afectan tanto a los impuestos directos como indirectos; los criterios de fijación y calificación de los ingresos o rentas procedentes de este modelo de negocio suponen nuevos retos a la hora de calificar las rentas obtenidas. En este caso, se debe tratar la fiscalidad dependiendo si nos encontramos ante la venta o cesión de un determinado bien que no presenta internamente problema alguno, o bien, si se trata de una renta internacional, donde sí se nos puede plantear un problema cuando dicha renta puede estar sujeta a una distinta calificación dependiendo del Estado en el cual se genere.

**65.** En este sentido, pensamos que el problema se nos puede plantear cuando, por un lado, tratamos bienes o servicios prestados a través de la red, o bien, cuando los bienes o servicios se adquieren a través de la misma red. Por ejemplo, en el primero de los casos, la recaudación del Impuesto del Valor Agregado (IVA) se puede ver afectada en el comercio transfronterizo de bienes activos intangibles y servicios particularmente cuando los productos son adquiridos por usuarios finales en el extranjero,

<sup>19</sup> Vid. P. J. JIMÉNEZ VARGAS (2018) “El nuevo convenio multilateral: Un paso a delante de la OCDE en la armonización fiscal en contra de la evasión y la elusión fiscal”. Quincena fiscal núm.19 Editorial Aranzadi Thomson Reuters, págs.19–46.

mediante transacciones B2C (de empresa a consumidor). En el segundo de los casos, hablamos de contratación de bienes materiales que físicamente no presenta problemas, pero estaríamos hablando de una imposición directa, bien a través de Impuesto de Sociedades, o bien, a través de Impuesto de la Renta de los No Residentes, dependiendo de si se es persona física o jurídica. Es evidente que los problemas de calificación se dan más en el primero de los supuestos fundamentalmente porque se utiliza la vía telemática para transportar las mercancías o bienes desde el proveedor al cliente final.

**66.** En el caso de la economía digital, debemos destacar la importancia que tienen los bienes intangibles altamente especializados como son las marcas, algoritmos “Know how”<sup>20</sup>, entre otros; estos intangibles debido a su alto valor y su elevada corporalidad pueden ser asignados y trasladados a jurisdicciones de baja o nula tributación, con lo que estaríamos posiblemente ante una conducta ilícita de evasión fiscal. De la misma forma, cuando tratamos con bienes intangibles altamente especializados nos encontramos con dificultades a la hora de establecer comparables suficientes que determinen en valor real de mercado. Esta circunstancia permite que los grandes grupos económicos establezcan los valores para dichas transacciones, es decir, entre compañías (*intercompany*), lo que suscita la posibilidad de erosionar la base imponible de sus rentas trasladando sus beneficios a jurisdicciones con una tarifa fiscal más favorable.

**67.** Esta erosión, también se traslada al ámbito de la economía digital fundamentalmente por la inexistencia de un espacio físico o establecimiento permanente, lo que permite a las empresas que operan digitalmente, la posibilidad de eludir la fiscalidad de aquellos países en donde operan, y trasladarla a aquellos cuya tributación le sea más favorable. Por otro lado, las empresas digitales adoptan características diferentes a las tradicionales, en relación a la forma de crear valor, por su actividad a distancia, por la contribución de los usuarios finales en dicha creación, y por la importancia de los activos intangibles, así como la tendencia a un mercado donde el que triunfa se arraigará con una fuerte presencia en las redes. Para LÓPEZ LABORDA<sup>21</sup>:

*«Un escenario como este ha facilitado la realización de estrategias de planificación fiscal agresiva por parte de empresas multinacionales. Estas han visto una oportunidad de situar los beneficios del grupo en jurisdicciones de baja o nula tributación o en soberanías con tributaciones de conveniencia, aprovechando, además, las crecientes dificultades de aplicación del principio de valoración de transacciones en plena competencia».*

**68.** A las anteriores circunstancias, que ayudan a erosionar la base imponible del tributo sobre la renta, debemos añadir los convenios sobre doble imposición (CDI) que suscriben los Estados, que suelen otorgar a este tipo de multinacionales, determinados beneficios económico-fiscales, que facilitan aún más, la posibilidad de llevar a cabo una política fiscal agresiva. Pongamos como ejemplo, un Grupo Multinacional (GM), que tiene su sede matriz en un Estado (A); esta multinacional que presta sus servicios de publicidad a través de la red, posee una filial en un Estado (B) donde existe una tributación más favorable; señalar que entre el Estado A y B existe un convenio sobre doble imposición suscrito, que genera determinados beneficios fiscales.

**69.** Por otra parte, desde la filial situada en el Estado (B) se realizan ventas publicitarias a un tercer Estado (C). Ante la simulación, se nos plantea la siguiente realidad: *primero*, en tanto que la multinacional no tenga presencia física en el país (C) sus rentas no serán objeto de tributación en dicho país; *segundo*, la multinacional al tener una filial (B) situada en un país con tributación más favorable

<sup>20</sup> El know-how hace referencia al “Saber hacer”, es decir, a la forma en la que la empresa hace las cosas, en la que emplea esos recursos para conseguir la producción, y dentro de la forma de hacer, a la forma ventajosa y diferente al resto que tiene la empresa de realizar sus actividades.

<sup>21</sup> Vid. J. LÓPEZ LABORDA (2020) “Retos a los que se enfrenta la fiscalidad de las multinacionales: las propuestas de la OCDE”. Revista de economía Información Comercial Española, ICE, núm. 917 pág.12. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ahorrrará a la hora de tributar por minorar la base imponible del impuesto correspondiente; *tercero*, la multinacional podrá optar por trasladar dividendos del país (B) a (A), o bien, obtener los beneficios que se describen en el convenio suscrito y que podría pasar por una disminución de la carga impositiva o, por una exención o deducción sobre ésta. Por lo tanto, del ejemplo expuesto podemos extraer que, en el país (C), en el que se lleva a cabo la venta de publicidad y donde el servicio es apreciado o consumido, las ventas no estarían sujetas a imposición, por lo tanto, estaríamos en presencia de una realidad donde a través de la economía digital, se erosiona la base imponible de una jurisdicción en favor de otra con la tarifa impositiva más favorable.

**70.** Como señala la OCDE en el documento “Lucha contra la erosión de la base fiscal y la transferencia de beneficios” (2013), parte, de la problemática que se produce en relación con la tributación digital se refiere a la lenta evolución de determinados Estados en relación con su desarrollo normativo. Este hecho, ha provocado supuestos doble no imposición, donde la Organización intergubernamental se ha pronunciado señalando que:

*«Las normas nacionales que regulan la tributación internacional y las normas internacionalmente acordadas se refieren todavía a un entorno económico caracterizado por un bajo nivel de integración económica entre los países, mientras que el entorno actual de los contribuyentes a escala mundial se caracteriza por una importancia cada vez mayor de la propiedad intelectual como factor determinante del valor y por una evolución constante de las tecnologías de la información y comunicación».*

**71.** Por su parte, la Unión Europea a través de directivas relacionadas con la materia señalada, ha indicado lo siguiente<sup>22</sup>:

*«Las actuales normas sobre el impuesto sobre sociedades se basan en el principio de que se debe tributar por los beneficios allí donde se genera el valor. Pero estas normas fueron concebidas en su mayoría a principios del siglo XX para empresas tradicionales con una presencia física y definen lo que genera el hecho imponible en un país («dónde tributar») y qué parte de la renta de las sociedades se asigna a un país («cuánto tributar») basándose en gran medida en que tengan presencia física en dicho país y sin reflejar el valor creado por la participación del usuario en esa jurisdicción».*

**72.** Esto significa que las entidades que no tienen residencia fiscal en un determinado país, sí tienen la obligación de tributar en dicho país, si su presencia en el mismo esta asimilada a un establecimiento permanente.

*«Sin embargo, tales normas no pueden aprehender el alcance mundial de las actividades digitales cuando la presencia física deja de ser un requisito para poder prestar servicios digitales. Por lo tanto, se necesitan nuevos indicadores de una presencia económica importante para determinar los derechos impositivos en relación con los nuevos modelos empresariales digitalizados».*

**73.** Finalmente, otras dificultades que pueden generarse en el comercio electrónico las encontramos en la localización de las actividades comerciales telemáticas, y en la cuantificación de las transacciones; en el primer caso, las dificultades se plantean por motivos de geolocalización donde se pueden producirse conflictos entre la localización del hecho imponible y el sujeto pasivo. En el segundo caso, las dificultades aparecen, porque tratamos con bienes intangibles que generan rentas cuya calificación es difícil obtener, al tratarse de operaciones vinculadas. A ello, debemos unir las dificultades de control de las transacciones telemáticas, tanto en el rastreo de los medios de pago que son múltiples, como en las dificultades para conocer con exactitud el número de operaciones y transacciones realizadas.

<sup>22</sup> Directiva 2018/0072 del Consejo de Europa de 23 de marzo. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/aHTML/?uri=CELEX:52018PC0147&from=ES>

## 2. El beneficiario efectivo en la fiscalidad de las rentas internacionales

### A. Introducción

74. Hoy en día el concepto beneficiario efectivo (en adelante BE) es un elemento clave en la aplicación de los acuerdos firmados entre Estados para evitar la doble tributación. Estos acuerdos o convenios para evitar la doble imposición (CDI) se aplican en particular, en lo que respecta a la distribución de la potestad tributaria sobre dividendos, intereses y regalías. Por otra parte, a pesar de la introducción de este concepto en modelos sobre las rentas y el patrimonio como el de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (MCOUDE) de 1977, o el de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU), aún persisten muchas dudas sobre su verdadero alcance y repercusión. Como veremos a continuación, la falta de una definición exhaustiva del concepto “beneficiario”, ha provocado la falta de consenso a la hora de interpretarlo en las legislaciones nacionales de cada país. La realidad es que la forma de interpretar el término beneficiario es independiente y autónoma de cada jurisdicción, sin que lamentablemente la jurisprudencia y la doctrina internacional hayan llegado a un concepto consensuado.

75. Actualmente los CDI's celebrados bajo el Modelo de Convenio de la OCDE, utilizan el esquema de reparto y distribución de competencias entre los Estados contratantes, en relación a las rentas obtenidas por un residente en un Estado distinto al de su residencia; en términos generales, el criterio establecido a la hora de someter las rentas es el siguiente:

*«Los beneficios obtenidos por una entidad residente en un Estado contratante sólo pueden ser sometidos a imposición en aquel, salvo que existiera un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, en cuyo caso, éste último Estado podrá gravar las rentas que resulten atribuibles a dicho Establecimiento permanente».*

76. Del mismo modo existe un criterio específico para tratamiento de determinadas rentas, que pasan por una tributación exclusiva ya sea en el Estado de la fuente, ya sea en el Estado de residencia, o bien sea de forma compartida, en cuyo caso el Estado de residencia suele establecer unos límites en la tributación del país de la fuente, estableciéndose de este modo, un mecanismo para evitar la doble imposición internacional. Con respecto a los dividendos, intereses o regalías, generalmente los criterios que se adoptan por los Estados suscriptores de CDI's, pasan por gravar las rentas en el Estado de residencia y en el Estado de la fuente; en el caso del Estado de la fuente, éste deberá someter dichas rentas hasta unos límites; es aquí, cuando la figura del beneficiario efectivo adquiere relevancia, ya que los límites que establece el Estado de la fuente, solo operaran en la medida que las rentas sean percibidas por un sujeto que resida en el otro Estado contratante, que sea considerado beneficiario efectivo. De este modo, las rentas obtenidas por una persona residente en otro Estado, harán que ésta adquiera la condición de beneficiario efectivo, por lo tanto, no resultaran aplicables las limitaciones descritas anteriormente.

77. Por último, el concepto de un beneficiario efectivo se configura como un mecanismo cuya finalidad además de determinar a quién le corresponde tributar determinadas rentas, sirve para combatir el “abuso de los convenios” o, el “Treaty shopping”, que consiste en el uso de los convenios por parte de sujetos no residentes de un Estado para obtener los beneficios que un convenio suscrito por dicho Estado concede a sus residentes; por ejemplo, obtener una tasa impositiva inferior a la que se tendría si no se hubiera utilizado el CDI, o, eliminar total o parcialmente la imposición bajo operaciones de triangulación entre entidades situadas en distintas jurisdicciones. La OCDE, ante esta situación, introduce algunos límites en su Modelo de Convenio, con la finalidad de evitar que el beneficiario efectivo del CDI, sea un sujeto no residente, a su vez recomienda a los Estados introducir el concepto beneficiario efectivo en sus convenios tributarios.

## B. Concepto y Origen

**78.** La incorporación del término beneficiario efectivo en el MCOCDE se produce con la finalidad de clarificar si el Estado de la fuente tiene la obligación o no a renunciar al derecho de cobrar tributos a un residente en otro Estado, por sus beneficios económicos obtenidos, cuando existe entre las jurisdicciones un convenio suscrito. El concepto beneficiario efectivo no se usa en su sentido técnico más riguroso, sino que se debe interpretar en un contexto donde predomina la voluntad, y la intención de los Estados implicados en el convenio para evitar la doble imposición fiscal, a la vez que previenen la evasión y elusión fiscal. A la hora de establecer una definición la RAE (Real Academia Española), define el concepto “beneficiario” como “persona que recibe una prestación o bien resulta favorecida por algo”. A nivel internacional, organismos como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en su Guía sobre Transparencia y Beneficiario Final, no utiliza el término “efectivo”, pero lo define de la siguiente manera: Según GAFI<sup>23</sup>:

*«Pueden ser considerados como beneficiarios finales quienes finalmente poseen/controlan a la persona jurídica, ya sea a través de una participación mayoritaria, a través de posiciones mantenidas en persona jurídica o por otros medios como: La(s) persona(s) física(s) que posean directa o indirectamente un porcentaje mínimo de participación en la persona jurídica (enfoque de umbral). Por ejemplo, la Recomendación 24 permite la determinación de los accionistas con participación controladora de una sociedad mercantil en base a un umbral (por ejemplo, cualquier persona que sea titular de más de un determinado porcentaje de la sociedad mercantil, como por ejemplo el 25%)».*

**79.** Como podemos observar, esta definición engloba a personas físicas (no jurídicas), que poseen y obtienen beneficios de capital o patrimonio de personas jurídicas y, de aquellas otras que ejercen un control efectivo sobre dicha persona jurídica, con independencia de que ocupen o no cargos formales. Por su parte, el Foro Global de Transparencia y la OCDE, y el Banco Interamericano de Desarrollo, definen al beneficiario final como<sup>24</sup>:

*«El concepto beneficiario final se refiere a las personas naturales que son los verdaderos dueños o controlantes o quienes se benefician económicamente de un vehículo jurídico, como una sociedad mercantil, un fideicomiso, una fundación, etc.».*

**80.** Con respecto a la interpretación del concepto de Beneficiario efectivo, en el ámbito internacional surgen distintas posiciones, a saber; existe una corriente que sostiene que el concepto debe ser interpretado con la normativa interna de cada Estado, siempre que no haya una definición expresa en acuerdo, tratado o CDI suscrito. Tal consideración viene recogida tal cual, en el artículo 3.2 del MCOCDE:

*«Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado».*

**81.** Por lo tanto, no se puede aplicar el principio de beneficiario efectivo, si el Convenio no lo prevé de forma expresa. Así se establece en ST del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020.

<sup>23</sup> El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo intergubernamental independiente, que desarrolla y promueve políticas para proteger el sistema financiero mundial contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Se reconocen las Recomendaciones del GAFI como el estándar global anti-lavado de activos (ALA) y contra el financiamiento del terrorismo (CFT). Recuperado en: file:///C:/Users/serra/Downloads/Guia\_Transparencia\_Beneficiario\_Final%20(1).pdf

<sup>24</sup> Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales Banco Interamericano de Desarrollo, y la OCDE (2019) “Manual sobre beneficiarios fiscales”, pág.3. Recuperado en: <https://publications.iadb.org/es/manual-sobre-beneficiarios-finales>

En este caso, el Tribunal Supremo insta a las partes a aclarar los límites objetivos y temporales de la conocida interpretación dinámica de los CDI's suscritos por España, con el fundamento del Modelo de Convenio de la OCDE. El tribunal alude al Convenio de doble imposición entre España y Suiza; a pesar que en este CDI, no se prevé el concepto de "beneficiario efectivo" en su artículo 12, al tratarse de un Convenio anterior al reconocimiento por la OCDE de la figura beneficiario.

**82.** En la Sentencia el alto Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

*«Se aplica esta figura de acuerdo con los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (elaborados en una fecha posterior a la formalización inicial del Convenio), a pesar de que en las modificaciones posteriores del citado CDI no se introdujo el beneficiario efectivo en el artículo 12 (relativo a los cánones), y sí en otros preceptos (artículos 10 y 11) para otros conceptos como dividendos o intereses»<sup>25</sup>.*

**83.** Del mismo modo, tras analizar la posibilidad de aplicación del tipo de retención previsto en el mismo Convenio hispano-suizo, para prevenir la doble imposición, (en este caso los cánones satisfechos por una sociedad española a una entidad suiza) el Tribunal Supremo determina que ésta última no es la beneficiaria de dichos cánones. Finalmente, mediante Recurso de Casación 1996/2019, ratifica la Sentencia de la Audiencia Nacional donde se concluye que<sup>26</sup>:

*«A pesar que la entidad perceptora de los cánones era residente en Suiza no se puede considerar de aplicación el convenio hispano-suizo para evitar la doble imposición en materia de impuestos que establecía una retención de del 5% al entender que no es beneficiario efectivo».*

*«La posición más razonable, así lo entiende la mejor doctrina, es entender que esta figura es aplicable y debe tenerse en cuenta al interpretar el Convenio, pues estos deben interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con el espíritu de los Comentarios de la OCDE».*

**84.** En el mismo contexto, se plantean problemas a nivel transfronterizo, por ejemplo, si deben, o no aplicarse los beneficios de un IIC (Instrumento de Inversión Colectiva), ya que como establece el propio MCOCDE, existen países que con independencia de que sea una "persona" y "residente".

*«Puede considerarse beneficiario efectivo de las rentas que percibe. Dado que un IIC tal como se define, en los propios Comentarios del MCOCDE debe tener un número importante de titulares, una cartera de valores diversificada y estar sujeto a la normativa para la protección de los inversores vigente en el país en el que se haya constituido, tal IIC, por lo tanto, existirán beneficiarios».*

**85.** En este contexto las disposiciones de los párrafos 6.17, 6.21, 6.26 y 6.32 de los comentarios al artículo 1, del MCOCDE, consideran al Instrumento de Inversión Colectiva a efectos de aplicación del convenio a la renta que se percibe, como residentes beneficiarios efectivos de dichas rentas a diferentes grupos. Esta postura, ha sido rebatida fuertemente por autores con VOGEL, que considera que el término "beneficiario efectivo" debería ser internacional, y aplicarse por igual en todos los convenios y tratados internacionales, ya que como insiste el autor, los sistemas nacionales no ofrecen una definición precisa del mismo. De igual forma, tampoco lo hace el Modelo de Convenio de la OCDE, aunque sí, se limita en los comentarios al artículo 12 apartado 1º, a establecer la siguiente interpretación<sup>27</sup>.

*«El concepto "beneficiario efectivo" no se utiliza en su "sentido técnico más estricto", sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales».*

<sup>25</sup> STS 3062/2020 Sala de lo Contencioso 23/09/2020. Recuperado en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openCDocument/47c54a4d73e1a19676437e91cf620c6570e9d580b86c5512>

<sup>26</sup> SAN 5203/2018 Sala de lo contencioso 30/11/2018. Recuperado en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openCDocument/d6c3141dd81d8758655cf4715fc787b34aa8403b1a843aa3>

<sup>27</sup> Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio -OCDE - (2010) pág. 227.

**86.** Por lo tanto, la interpretación que debe de hacerse del concepto beneficiario efectivo debe ser “autónoma”, por cada uno de los Estados, para darle un sentido internacional; ante esta interpretación, cabe hacerse la pregunta de: ¿a quién se debe considerar beneficiario efectivo de una renta?; como hemos referido anteriormente, el propio MCOCDE diserta en las disposiciones de los comentarios al artículo 1, sobre quienes se pueden considerarse beneficiarios efectivos de las rentas procedentes de Instrumentos de Inversión Colectiva (IIC). Para autores como, VOGEL<sup>28</sup>, la cuestión del control es un factor determinante para establecer quien es el beneficiario efectivo de la renta final; según este autor, aunque el control es fundamental para determinar al beneficiario, no lo es necesariamente en beneficio de la persona que controla, y lo afirma diciendo que:

*«Un fideicomisario con los poderes correspondientes también es un beneficiario final, el fiduciario, por supuesto, no ejerce sus poderes para su propio beneficio, sino en beneficio de los beneficiarios».*

**87.** Por su parte, BAKER<sup>29</sup>, propone una “regla de oro” que consiste que en caso de que una receptora del ingreso entrara en proceso de liquidación y hubiese sido una mera fiduciaria, los ingresos percibidos podrían ser reclamados por el verdadero beneficiario efectivo y no estarían a disposición de los acreedores.

**88.** Del mismo modo si los ingresos pertenecieran a la entidad receptora que está en proceso de liquidación, los ingresos, sí estarían a disposición de los acreedores, y ella habría sido su beneficiario efectivo.

**89.** Desde nuestro punto de vista, no existe un beneficiario efectivo, sino un conjunto de relaciones donde participa todo aquel sujeto o persona ya sea “física” o “jurídica”, a través, de un proceso de intercambio efectivo, de bienes, servicios o mercancías; por lo tanto, no existe un beneficiario final, ni un único beneficiario, ya que en una situación de intercambio, el beneficio se distribuye entre las partes que interactúan de forma recíproca con un fin común, que no es otro que obtener “beneficio propio”; es decir, tanto el que vende un producto financiero o de otra índole, como el que compra, así como el intermediario, lo hace con el mismo fin. Cosa distinta sería, determinar el tipo de beneficio y su cuantía; es aquí, donde juega un papel fundamental el poder en todas sus variantes: económico, social, político, que debería estar armonizado y en equilibrio, para que el resultado final sea un conjunto de “beneficiarios satisfechos”, dentro del proceso de intercambio; de lo contrario estaríamos ante abuso de poder, en toda regla, y ante un “beneficiario déspota” y posiblemente ante un fraude fiscal.

**90.** A continuación, nos disponemos a establecer cuáles son los posibles orígenes de la figura del beneficiario efectivo objeto de estudio en este epígrafe:

**91.** Para poder determinar los orígenes y establecer un punto de partida de la figura del “beneficiario efectivo”, debemos remontarnos al Siglo XII en Reino Unido, en el momento de las Cruzadas, que es cuando surge una figura muy particular denominada “Trust”; la función de esta figura consistía en la tenencia de bienes y valores por parte de una persona interpuesta por un tercero, Los cruzados, en su ausencia necesitaban la confianza de una persona que cuidara de sus bienes cuando éstos se encontraban ausentes. Los Trust, podían ejercer plenos derechos sobre los bienes, y es en este contexto cuando surgen dos figuras asociadas entre sí: el *legal ownership* y el *beneficial ownership*; es decir, la propiedad legal y la propiedad real, para referirse a la persona responsable de la administración de estos bienes y a su propietario.

**92.** Hoy en día, saber quién es la persona física detrás de una figura contractual o estructura legal, es, un requisito fundamental dentro de los estándares de transparencia fiscal internacional. Por

<sup>28</sup> Vid. KLAUS VOGEL (1997) et al., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, págs..561-562.

<sup>29</sup> Vid. P. BAKER (1993) “Double Taxation Conventions”, ob.cit., 10B, 15

primera vez esta cuestión la podemos apreciar en la Ley de Finanzas (Reino Unido) de 1954, en su artículo 175, donde se señala que: «*cualquier referencia a la propiedad se entenderá como referencia al beneficiario real*». Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido, a través del Caso 45 TC 112: Preservation Wood Ltd, anteriormente (Inspector de impuestos), enfatiza que el término beneficiario real (beneficial owner) se refiere a un tipo de propiedad donde no sé es, el propietario legal (legal owner), ya que este último lo es para fines de registro, y puede realizar actos sobre la propiedad como verdadero propietario.

93. En cuanto al reconocimiento institucional, será en 1977, cuando organizaciones internacionales como la OCDE introduzcan por primera vez el término “beneficiario”, y lo hace en su MCOCDE, dentro de las disposiciones relativas a los dividendos, intereses y regalías. En un principio, no se estableció ninguna definición genérica, pero se registró como un tipo de condición o cualidad: (“...), pero si el beneficiario”), se declara en el apartado de ingresos mencionados anteriormente. En la actualidad, el MCOCDE de 2017, en su artículo 3, de las disposiciones generales muestra de forma resumida que: «*para la aplicación del Convenio, cualquier término no definido en el mismo tendrá, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos objeto del Convenio*».

### **C. La figura del beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio de la OCDE, en el Ordenamiento Jurídico Europeo y en la Legislación Española**

94. La figura del beneficiario efectivo es un elemento clave para interpretar y aplicar determinados artículos de los convenios sobre doble imposición suscritos entre los Estados. Estos CDI's son celebrados en base al Modelo de Convenio de la OCDE, donde se establece un esquema para el reparto de la potestad tributaria entre los Estados en relación a las rentas obtenidas en uno de ellos, por un residente en otro Estado. La regla general del Modelo de convenio utiliza el criterio por el cual: «*Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado*»<sup>30</sup>.

95. La OCDE estableció un comité de finanzas en 1956, de conformidad con el panorama general de las Naciones Unidas; más tarde, este comité paso a llamarse Comité de Asuntos Fiscales, dedicado a estudiar cuestiones relacionadas con la doble imposición internacional y otras cuestiones fiscales de naturaleza similar. En el año 1977 tras la revisión de los esquemas de la OCDE, se emite formalmente el nuevo “Modelo de Convenio para evitar la doble imposición a la renta y al patrimonio”. En este modelo, los ingresos por dividendos, intereses y regalías se introducen en los artículos 10,11 y 12 respectivamente, para explicar el significado de las palabras “pagados a un residente” tal y como se recoge en dichos artículos; sin embargo, en ninguna parte de los citados artículos se define el significado de beneficiario efectivo, de igual modo que tampoco lo hacen los Comentarios al Modelo de Convenio. No obstante, creemos que el termino se interpreta de acuerdo con el objetivo del convenio, que no es otro que el evitar la doble imposición y prevenir la evasión y la elusión fiscal.

96. Como podemos ver en una primera aproximación, el término beneficiario “final” o “efectivo”, se introduce en el Modelo de Convenio de la OCDE como un requisito subjetivo para que los residentes de un Estado parte, puedan beneficiarse de una tasa impositiva reducida relacionada con los ingresos recibidos en el país de origen. Si el objetivo principal de incluir el concepto de “beneficiario efectivo” en el Modelo de Convenio de la OCDE es, prevenir la elusión fiscal mediante el uso de los CDI's limitando las ventajas que el tratado otorga a quienes exclusivamente residen en el otro Estado

<sup>30</sup> Artículo 7, Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio -OCDE - (2010) pág. 26.

contratante; en la práctica, el Modelo de Convenio menciona al beneficiario efectivo de los pagos a los residentes de los Estados contratantes, lo que ha causado mucha controversia en el ámbito de la tributación internacional, siendo rebatido por la doctrina. No obstante, a día de hoy el concepto beneficiario efectivo no solo tiene un significado poco claro, sino que, además, parece haber creado una brecha importante entre las tendencias administrativas y jurisdiccionales. Por lo tanto, en este apartado nos centraremos en la evolución y estudio de las fuentes del soft law de los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio OCDE.

**97.** En este contexto, los acuerdos que se recogen en la estructura del MCOCDE, están estrechamente relacionados con los comentarios que esta organización lleva a cabo sobre los mismos, siendo por consiguiente oportuno y necesario detectar los componentes comunes del concepto beneficiario efectivo de cada uno de los artículos mencionados. Como hemos comentado anteriormente, este concepto se introdujo en el Modelo de Convenio de la OCDE en 1977 como una enmienda del modelo anterior de 1963 que cubría únicamente la evasión fiscal. Por tanto, podemos reiterar que el motivo o los motivos de la introducción del término beneficiario, no están claros; de hecho, la redacción del modelo de 1963, no contenía disposición alguna que abordara el abuso de los convenios para evitar la doble tributación en relación a la evasión fiscal. En relación a la tributación entre Estados, la redacción original del modelo de 1977<sup>31</sup> establecía lo siguiente:

Artículo 10 (dividendos): *«Los dividendos pagados por una sociedad residente en un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado».*

**98.** Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse a imposición en el Estado contratante de donde la empresa que paga los dividendos es residente, y de acuerdo con la ley de ese Estado, pero el impuesto así cobrado no excederá del:

- a) 5 por ciento del monto bruto de los dividendos si el perceptor es una empresa (excluida la sociedad) que posee directamente al menos el 25 por ciento del capital de la empresa que paga los dividendos;
- b) en todos los demás casos, el 15 por ciento del importe bruto de los dividendos.

**99.** Las autoridades competentes de los Estados contratantes deberán de mutuo acuerdo determinar el modo de aplicación de esta limitación. Este párrafo no afectará la tributación de la empresa con respecto a de los beneficios con los que se pagan los dividendos. El término «dividendos», tal como se utiliza en este artículo, significa rentas de acciones, Acciones de «goce» o derechos de «goce», acciones de minería, acciones de fundadores u otros derechos, no siendo deudas, la participación en utilidades, así como ingresos de otros derechos corporativos asimilados a ingresos de acciones por la ley tributaria del Estado del cual la empresa que realiza la distribución es residente.

Artículo 11 (intereses): *«Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado».*

**100.** Sin embargo, dichos intereses pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que surge, y de acuerdo con la ley de ese Estado, pero el impuesto así cobrado no excederá del 10 por ciento del monto de los intereses. La competencia de las autoridades de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de esta limitación.

**101.** El término «interés», tal como se utiliza en este artículo, significa ingresos de valores gubernamentales, bonos u obligaciones, estén o no garantizados por hipoteca y si tiene o no derecho a par-

---

<sup>31</sup> Recommendation of the Council OECD (1977) Legal Instruments concerning the Avoidance of Double Taxation. Recuperado en: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/405/405.en.pdf>

participar en las ganancias, y reclamaciones de deudas de todo tipo, así como todos los demás ingresos asimilados a ingresos de dinero prestado por la ley tributaria del Estado en el que se obtienen los ingresos.

Artículo 12 (regalías): *«Las Regalías procedentes de un Estado contratante y pagadas a un residente del otro Estado contratante sólo puede someterse a imposición en ese otro Estado».*

**102.** El término «regalías», tal como se utiliza en este artículo, significa los pagos de cualquier tipo recibidos como contraprestación por el uso de, o el derecho a usar, cualquier derecho de autor de obras literarias, artísticas o científicas, incluido el cinematográfico de películas, cualquier patente, marca, diseño o modelo, plan, fórmula secreta o proceso, o para el uso de, o el derecho de uso, industrial, comercial o equipo científico, o para información relativa a industrial, comercial o experiencia científica.

**103.** De la redacción original de 1977, podemos llegar a la conclusión de que para que el Estado de la fuente pueda limitar o eliminar la tributación sobre las rentas en la fuente, el perceptor debe de ser a la vez beneficiario efectivo de estas.

**104.** El 27 de noviembre de 1986 la OCDE, en su “Reporte sobre Sociedades Instrumentales o Conductoras”<sup>32</sup> hace énfasis sobre los comentarios en relación a los convenios de doble imposición y el uso de empresas conductoras.

**105.** En el reporte, se establece que, en caso de que la sociedad intermedia no sea la beneficiaria efectiva, no se aplicarán en el Estado de la fuente los límites a la imposición real previstos en los artículos 10 a 12 del Modelo. Además, añade que esto será así cuando económicamente la reducción o eliminación de la tributación, beneficie a un sujeto que en principio no tiene derecho a la aplicación de un convenio, pero que interpone una sociedad conductora entre él y el pagador del rendimiento para lograr ese fin (párrafos 2.12, 2.8 y 1.4 de los comentarios a los artículos 10, 11 y 12, respectivamente)<sup>33</sup>. En 1986 el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, no estableció nada novedoso respecto de los comentarios de años anteriores, pero en los comentarios de 1986 se plantea que:

*«Una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario de hecho a efectos prácticos, cuenta con poderes muy restringidos que le convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas».*

**106.** Es decir, si no puede disponer libremente del rendimiento porque, ya sea al constituirse o bien porque con posterioridad, se ha determinado que debe transferir el rendimiento a un tercero, la OCDE plantea que el perceptor de los rendimientos es un “mero fiduciario” de un tercero domiciliado en un tercer país. Para BAKER. *«la esencia de este Comentario es para explicar que la limitación de beneficiario efectivo tiene el propósito de excluir: (i) meros mandatarios y agentes quienes no son tratados como los propietarios de la renta en el País de residencia, y (ii) cualquier otro instrumento, (conducto) que, aun siendo el propietario formal de la renta, tiene poderes muy limitados sobre la misma convirtiéndolo en un mero fiduciario, o administrador, actuando en nombre de su propietario»*<sup>34</sup>.

**107.** Continuando y de forma cronológica, en 1995 se producen cambios en la redacción de los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio de la OCDE donde se modifican los requisitos para obtener los beneficios establecidos en los convenios. La modificación consiste en sustituir la expresión

<sup>32</sup> Convenio de doble imposición y uso de empresas conductoras (adoptados por el consejo de la OCDE el 27 de noviembre de 1986) Recuperado en: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies\\_9789264239081-99-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies_9789264239081-99-en#page1)

<sup>33</sup> Commentaries on the articles of the Model Tax Convention (1986) pág.221. Recuperado en: <https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>

<sup>34</sup> Vid. P. BAKER “Comentarios al Modelo de Convenio OCDE”, Párrafos 10.b, 10.4

“si el perceptor de los dividendos o intereses es el beneficiario efectivo”, por la expresión, “si el beneficiario efectivo de los dividendos o intereses es residente del otro Estado contratante”. En el año 2003, se completan los comentarios anteriores; en concreto en el nuevo comentario al artículo 10<sup>35</sup> (dividendos) en su párrafo 12 establece que: «*el término “beneficiario final” no se utiliza en un sentido técnico estricto, más bien, debe entenderse en su contexto y a la luz del objeto y los propósitos de la Convención, incluida la prevención de la doble imposición y la prevención de la evasión y elusión*». En este caso se agrega el concepto elusión fiscal.

**108.** Por su parte en el párrafo 12.1, se establece que: «*cuando un residente de un Estado contratante actúe en calidad de agente o designado, será incompatible con el objeto y el propósito de la Convención que el Estado de origen otorgue en forma de reparación o exención, simplemente, por tener la condición de perceptor inmediato de la renta como residente del otro Estado contratante*».

**109.** Por lo tanto, en la nueva modificación, se añade que, si el contribuyente actúa en calidad de agente, el Estado de la fuente no otorgará el beneficio contemplado; además, se establece que en estos casos no deben aplicarse los beneficios establecidos en los convenios, puesto que el perceptor de los rendimientos no quedaría sujeto al impuesto del Estado de su residencia, por no ser beneficiario efectivo de los mismos. Esta circunstancia evita un problema de doble imposición ya que el perceptor no será considerado propietario de la renta a efectos fiscales en el país de residencia. En este contexto, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, señala que una sociedad instrumental no puede ser, considerada como el beneficiario efectivo si, a pesar de ser formalmente la dueña, tiene poderes tan limitados que la hacen, en relación al rendimiento en cuestión, una mera fiduciaria o administradora que actúa por cuenta de las partes interesadas.

**110.** 2003, será el último año donde se establezcan modificaciones relativas el termino beneficiario efectivo, ya que, en los comentarios de los años 2005, 2008 y 2010 apenas traen consigo innovación alguna al respecto. Como hemos visto anteriormente el Modelo de Convenio de la OCDE utiliza el termino Beneficiario efectivo en los artículos 10 (sobre dividendos), 11, (sobre intereses) y a partir de 1977 en el artículo 12 sobre regalías o cánones. Las modificaciones que se producen respecto a las anteriores versiones son las siguientes<sup>36</sup>:

Respecto a los dividendos del artículo 10 en el apartado 2: «*dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante*», el impuesto así exigido no podrá exceder del:

- a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas –partnerships–) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos;
- b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

**111.** Por lo tanto, respecto a la versión anterior los dividendos por regla general recogida en el convenio es que la tributación sea compartida entre el Estado de la fuente, y el Estado de residencia del perceptor. En el caso del Estado de la fuente, la tributación se limita a gravar el rendimiento en base a la tasa máxima establecida en el convenio suscrito entre los Estados.

**112.** En cuanto a los intereses, (artículo 11 Modelo de Convenio) «*dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese*

<sup>35</sup> Commentaries on the articles of the Model tax Convention (CONDENSED VERSION) OECD 2010, pág187. Recuperado en: <https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>

<sup>36</sup> Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: versión abreviada 2010 (OCDE). Recuperado en: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada\\_9789264184473-es#page2](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada_9789264184473-es#page2).

*Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite».*

**113.** Al igual que sucede con los dividendos, la tributación quedará compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia, en la medida de que este último será considerado beneficiario efectivo. Por lo tanto, el impuesto sobre los intereses se limitará al Estado de la fuente y a su vez el Estado de residencia deberá establecer un método para deducir el impuesto pagado en el exterior. Por último, en cuanto a las regalías del artículo 12, el Estado facultado para gravar dichos rendimientos será el Estado de residencia. En este caso el Estado de la fuente debe excluirse de la imposición de estas regalías, siempre y cuando al igual que sucede con los dividendos e intereses, quien perciba el royalty sea el beneficiario efectivo de estos y que resida en otro Estado contratante.

**114.** Con respecto a las regalías, la situación difiere en tanto que el único Estado facultado para gravar dichos rendimientos es el Estado de residencia. En este sentido el Estado de la fuente debe excluirse de la imposición de estos rendimientos, siempre y cuando, al igual que en el caso de los dividendos e intereses, quien perciba el royalty sea el beneficiario efectivo de éstos y tenga la calidad de residente en el otro Estado contratante. La nueva redacción del artículo 12 queda de la siguiente manera:

*«Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado».*

**115.** Pasando al ámbito de la Unión Europea, en 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia sobre el régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones realizados entre sociedades comunitarias. En este caso, el alto tribunal se pronunció sobre algunas propuestas relacionadas con la Directiva 2003/49 / CE del Consejo el 3 de junio de 2003<sup>37</sup>, sobre el pago de dichos intereses. En los artículos 1.4 y 1.5 de la mencionada directiva, se recogen dos definiciones distintas sobre beneficiario efectivo, dependiendo de si se trata de una sociedad o simplemente de un establecimiento permanente. En el primero de los artículos:

*«Una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es de agente, depositario o mandatario».*

**116.** Por su parte, el artículo 1.5 define que: *«Un establecimiento permanente será tratado como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones:*

- a) Si los créditos, derechos o usos de las informaciones que den origen a los pagos de intereses o cánones tienen relación efectiva con dicho establecimiento permanente, y
- b) Si los pagos de los intereses o cánones representan un ingreso respecto del cual dicho establecimiento permanente está sujeto en el Estado miembro en que esté situado a uno de los impuestos contemplados en el inciso iii) de la letra a) del artículo 3 de la directiva».

**117.** Por otra parte, hay que señalar que el artículo 2.1 de la Directiva 2003/48/CE sí existe una definición explícita de “beneficiario efectivo” y esta es la siguiente: *«cualquier persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses, salvo que aporte pruebas de que dicho pago no se ha efectuado en beneficio suyo».*

<sup>37</sup> Directiva 2003/48/CEE del Consejo de 3 de junio de 2003. Recuperado en: <https://www.boe.es/doue/2003/157/L00038-00048.pdf>

**118.** Es decir, debe demostrarse que se actúa por cuenta de otra persona, ya sea física, o jurídica, y adicionalmente debe comunicarse al pagador la identidad del verdadero beneficiario efectivo. En la resolución del tribunal, se incluyeron distintas alternativas para esclarecer el concepto de titularidad o beneficiario efectivo de los intereses; del mismo modo, se esclarece la existencia de abuso de Derecho y el concepto de «vulneración de las libertades comunitarias» en relación a la libre circulación de capitales entre los Estados miembros.

**119.** La propia resolución acumula una serie de casos de gran complejidad; entre los asuntos acumulados, por un lado están los casos: C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, en éstos, existe una estructura corporativa compleja donde se establecen operaciones con sociedades interpuestas para satisfacer los requisitos que recaen sobre el beneficiario efectivo de los intereses, para que éstos estén exentos de tributar en la fuente según la directrices de la Directiva 2003/49. Por otro lado, la Directiva 90/435/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990<sup>38</sup> relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y sus filiales en los Estados miembros acumula otros asuntos como los casos: C-116/16 y C-117/16.

**120.** En la Directiva 90/435/CEE, se permite que los beneficiarios repartidos por una sociedad filial a su sociedad matriz queden exentos de la retención en el origen. Además, del concepto de “beneficiario efectivo”, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre otras cuestiones como: el concepto “abuso Derecho”:

**121.** En este caso, el TJUE, trabaja en los componentes del abuso de Derechos, y como demostrarlos: El alto tribunal, distingue entre factores objetivos y subjetivos; en cuanto a los factores subjetivos, éstos consisten en la voluntad de obtener beneficios que genera la normativa de la Unión Europea, a través de la creación de las condiciones necesarias para obtenerlos. En particular como subraya el TJUE, cuando los operadores económicos llevan a cabo actividades puramente formales o intencionales sin una justificación económica o comercial, su objetivo no es otro que obtener beneficios desleales por lo tanto obtener una ventaja indebida. Por su parte en los asuntos C-116/16, C-117/16, el tribunal no es exhaustivo, y puede identificar varios factores que permiten confirmar la existencia del abuso del Derecho como es el caso del uso de una sociedad interpuesta, es decir: «*En la estructura del grupo entre la sociedad pagadora de los intereses y la entidad destinataria y beneficiaria efectiva de estos*», para eludir el pago del tributo sobre los intereses.

**122.** En este caso, el tribunal europeo subraya que un convenio de doble imposición no excluye el abuso del Derecho o, en otras palabras, un convenio no puede evitar que pueda declararse la existencia de un abuso de Derecho si se acredita formalmente que se han efectuado operaciones sin justificación económica o comercial, con el objetivo de beneficiarse de las ventajas que ofrecen las propias directivas. Del mismo modo, TJUE en Sentencia de Justicia de 26 de febrero de 2019, declara que, la denegación de beneficios prevista en las Directivas 2003/49 / CEE y 90/435 / CEE, en base entre otras cosas a la existencia de circunstancias abusivas, donde se requiere que los Estados miembros afectados, prueben la existencia de los elementos constitutivos de las mismas circunstancias, considerando que los dividendos e intereses se pagaron a una sociedad “beneficiaria efectiva”<sup>39</sup>.

**123.** A este respecto, es interesante que las autoridades fiscales de los Estados miembros en cuestión no tengan la carga de la prueba en la identificación de los beneficiarios efectivos. Dado que el TJUE ha demostrado que las autoridades no pueden recopilar datos para identificar a los beneficiarios,

<sup>38</sup> Directiva 90/435/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1990L0435:20070101:ES:PDF>

<sup>39</sup> STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019. Contra T Danmark e y, Denmark Aps Asuntos acumulados C116/16 y C117/16. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=220426&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=251018>

es premisa demostrar que el supuesto beneficiario efectivo se trata de una sociedad instrumental a través de la cual, se ha cometido el abuso de Derecho. Por lo tanto, las autoridades no tienen obligación de identificar a la entidad beneficiaria de los intereses o dividendos.

**124.** Otra de las cuestiones de las que se pronuncia el TJUE es, sobre el “Principio General del Derecho de la Unión Europea de prohibición de las Prácticas abusivas”; si bien, el TJUE no excluye la aplicación de las disposiciones nacionales o convencionales creadas para prevenir el fraude y el abuso fiscal en las Directivas 2003/49/CEE y 90/45/CEE, ello no implica la aplicación del Principio General del Derecho de la UE de prohibición de prácticas abusivas. Por lo tanto, la ausencia de tales disposiciones, no tienen relación alguna en relación con las obligaciones de las autoridades que tienen la facultad de denegar los derechos establecidos en las mencionadas directivas, cuando son invocados de modo fraudulento o abusivo. Es por ello, que las reclamaciones de las prestaciones prevista por la directiva solo pueden rechazarse si la legislación nacional a este respecto proporciona una base jurídica clara y específica.

**125.** Del mismo modo, el TJUE se pronunció sobre el asunto C-321/05 en Sentencia de 5 de julio de 2007<sup>40</sup>, estableciendo que la propia directiva no puede crear obligaciones personales para los particulares y el Estado parte en cuestión no puede involucrarlos. Sin embargo, el TJUE señala que, dado que los hechos abusivos no pueden fundamentar un Derecho previsto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la denegación de una ventaja prevista en la directiva no supondrá imponer una obligación a los particulares, ya que esta circunstancia se encuentra amparada por la aplicación del Principio General del Derecho de la UE, de prohibición de prácticas abusivas. En definitiva, este principio se debe oponer frente a aquellas personas que se amparan en determinadas normas para obtener ventajas que ofrece el Derecho comunitario, de hacerlo, la aplicación de estas normas, serían incongruentes con los objetivos para las que fueron creadas.

**126.** En relación a las libertades fundamentales, recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) el TJUE recordó que, ante la constatación de una situación fraudulenta de abuso de Derecho, es legal que se invoque la aplicación de las libertades fundamentales para desafiar la retención en la fuente de intereses y dividendos. Por consiguiente, en tales casos, los Principios Generales del Derecho Comunitario, prohibirán el abuso de que las entidades impugnen la normativa fiscal sobre tributación de un Estado miembro de la fuente en relación con los dividendos. En consecuencia, los Estados miembros podrán denegar la exención de intereses y dividendos prevista en las Directivas 2003/49/CEE, y 90/435/CEE respectivamente no requiriéndose una norma anti-abuso para ello, en base Principio General de Prohibición de las Prácticas Abusivas. Finalmente, en el caso de España, «*un establecimiento permanente será tratado como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones*», si los pagos de estos representan un ingreso del establecimiento situado en España, en cuyo caso, dichos rendimientos estarán sujetos al IRNR. Según establece la norma española, los intereses se considerarán rentas obtenidas en territorio español, cuando entre otros casos sean satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español. Por lo tanto, tributarán con el tipo impositivo que establece la ley para este tipo de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Por su parte, el artículo 14.1.f del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR) establece que<sup>41</sup>:

*«Se declararán exentos Los rendimientos de las cuentas de no residentes, que se satisfagan a contribuyentes por este impuesto, salvo que el pago se realice a un establecimiento permanente situado en territorio español, por el Banco de España, o por las entidades registradas a que se refiere la normativa de transacciones económicas con el exterior».*

<sup>40</sup> STJUE (Sala primera) de 05 de julio de 2007. Procedimiento entre Hans Markus Kofoed y Skatteministeriet. Asunto C321/05. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0321&from=PL>

<sup>41</sup> Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido. Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Recuperado en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/5/con>

**127.** En este caso, la imposición final será cero, no superándose en ningún caso los posibles límites que se establezcan en los CDI's.

**128.** En cuanto a los dividendos percibidos por los contribuyentes, tendrán la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario según establece el artículo 25 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto de la renta de las Personas Físicas (LIRPF). De dicho artículo se deriva que<sup>42</sup>:

*«Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado si bien el impuesto exigido en ese otro Estado no podrá exceder de cierto límite (según el modelo de Convenio de la OCDE, el 15% del importe bruto de los dividendos)».*

**129.** El artículo 14.1.h-3º de la Ley del Impuesto de la Renta de los No Residentes recoge una norma anti-abuso al no permitir la exención de los dividendos<sup>43</sup>:

*«Cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posean, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información en materia tributaria, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas».*

## IV. El nuevo concepto de establecimiento permanente en la economía digital

### 1. Los nuevos factores del establecimiento permanente

**130.** Una nueva concepción de establecimiento permanente surge a raíz de considerar ciertas actividades que anteriormente se realizaban de forma física, y que se han ido trasladando a plataformas digitales. Inicialmente la disyuntiva está en establecer un nexo para considerar si existe, o no, un establecimiento permanente en las transacciones que se efectúan a través de estas plataformas. En este apartado, abordaremos algunos de los factores más importantes que nos llevarán a encontrar el nexo para considerar que un servidor o página web, pueda configurarse como un posible establecimiento permanente. En este caso, la página web o servidor, puede estar radicado en un determinado territorio de forma física, o bien, tener una presencia significativa, aunque estemos hablando de actividades totalmente desmaterializadas. Sobre esta teoría, organizaciones como la OCDE a través de, el GEFED (Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de Economía Digital), debate y analiza distintas soluciones ante los problemas que se podrían plantear en las transacciones digitales y su tratamiento fiscal. En su informe de 2014<sup>44</sup>:

*«Las soluciones propuestas van desde la modificación de la definición de lo que se entiende por «establecimiento permanente (EP)» a la introducción de un nuevo nexo (o criterio de sujeción) en base a una «presencia significativa» en el país de la fuente, pasando por la aplicación de una retención en la fuente sobre las ventas de bienes y/o servicios digitales».*

**131.** A continuación, haremos referencia a distintos factores técnicos, digitales, humanos y legales, que pueden actuar de nexo a la hora de establecer una presencia significativa y, por lo tanto, una nueva concepción de establecimiento permanente en el ámbito de la economía digital.

<sup>42</sup> Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Recuperado en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>

<sup>43</sup> Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido. Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Recuperado en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/5/con>

<sup>44</sup> Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios Cómo abordar los desafíos Fiscales de la Economía Digital ACCIÓN 1: Objetivo del 2014. pág.24. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

**132.** Entre los «factores técnicos» a considerar que pueden hacer de nexo frente a una presencia económica significativa, podemos enumerar en primer lugar, las “*transacciones realizadas*”: en este sentido, solo se tienen en cuenta los ingresos obtenidos por las transacciones digitales entre consumidores que utilizan las plataformas digitales; por lo tanto, solo se cuentan las transacciones que distinguen automáticamente ciertas actividades digitales, como ordenes por correo electrónico o ventas telefónica; por otra parte, se sugiere que los ingresos generados por los no residentes a través de las plataformas digitales se graven de manera similar para evitar desigualdades.

**133.** Seguidamente otro factor técnico que debe estar presente, es el “*nivel del límite*”: en este caso los ingresos obtenidos mediante transacciones entre empresas no residentes y sus clientes se deben considerar brutos; por lo tanto, el límite inferior para considerar la presencia económica significativa debe tener un nivel alto, para minimizar la carga administrativa y garantizar que en las operaciones en las que se obtenga un impuesto mínimo, no exista el nexo; este límite debería fijarse según el mercado de cada país.

**134.** La OCDE deja entre ver que la economía digital facilita la elección de donde se origina la actividad económica<sup>45</sup>, por lo que los factores para establecer el límite inferior pueden medirse a nivel de grupo, en lugar de individualmente, puesto que hay menos riesgo de que las empresas fragmenten sus negocios para que no se excedan los límites de ingresos. Por otra parte, los contribuyentes tienen derecho a demostrar que no han fragmentado sus actividades económicas. En cuanto a la determinación del límite, hay que señalar que, en este caso suele resultar difícil para las administraciones conocer las transacciones y el volumen de las mismas, que se llevan a cabo en el país por parte de las empresas de la economía digital que no residen en dicho país; esto se debe fundamentalmente a la gran cantidad de transacciones que existen. Para facilitar la labor la OCDE, propone un sistema de registro para las plataformas que reúnan las peculiaridades necesarias para ser consideradas que tienen presencia económica significativa. En este registro, se aconseja que se utilice la información con la que cuentan la administración fiscal, sobre el pago de impuestos indirectos, ya que en estos registros estarían dadas de alta las empresas que operan en el mercado del país.

**135.** A la hora de determinar si existe o no una presencia económica significativa debemos tener en cuenta otros factores como los «factores digitales»; en cuanto a éstos, el comercio tradicional tiene una elevada dependencia, de ahí, su importancia, ya que cada vez son más las empresas que interactúan con sus clientes a través de promociones, publicidad, pagos etc. Sin embargo, en la economía digital, la forma de interactuar varía, pero mantiene algunos factores análogos en relación al comercio tradicional. Por lo tanto, pueden existir factores digitales que ayuden a determinar una presencia económica significativa.

**136.** Dentro de los factores digitales, nos encontramos con el nombre de “*dominio local*”. En el comercio electrónico existe un equivalente al nombre de un comercio tradicional donde el cliente y la empresa entran en contacto; es un nombre de dominio; un nombre de dominio es una marca en Internet que sirve para identificar a la empresa. En este caso, los clientes usan su nombre de dominio para acceder a su página web, o a los servicios que esta ofrezca. En muchas ocasiones las entidades extranjeras pueden necesitar mejorar su plataforma protegiendo sus marcas, incluyendo un nombre de dominio, de este modo encontramos un nexo entre la empresa extranjera y el país del mercado.

**137.** Continuando con los factores digitales debemos mencionar la “*plataforma local digital*”. Las entidades no residentes que operan a través del comercio electrónico, establecen variantes en sus páginas web en función de donde venden sus bienes y servicios; en ocasiones, el enfoque que adoptan las empresas para asegurar su posición en el mercado es muy particular y puede variar considerablemente de un país a otro, de este modo las empresas pueden publicar en sus páginas web singularidades

<sup>45</sup> Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2015 pág.86. [https://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015\\_SP\\_WEB.pdf](https://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015_SP_WEB.pdf)

que no se muestran en la misma plataforma de otro país. Pon último dentro de los factores digitales, la “*forma de pago*” de los bienes y servicios ofrecidos, es un factor muy importante a tener en cuenta en las transacciones realizadas a través del comercio electrónico. En este caso, las empresas extranjeras tienen interés en que sus clientes consumidores paguen sus productos del mismo modo que lo harían en el comercio tradicional. Hoy en día, muchas son las plataformas que ofrecen distintas formas de pago que reflejan la moneda local, los impuestos, y obligaciones que se tienen en cuenta en cada país.

**138.** En este sentido, cabe mencionar que la OCDE prevé que operar con formas locales de pago conllevaría una gran responsabilidad para las empresas, ya que estas, deben de cumplir con sus obligaciones administrativas y financieras. Para muchos países esta forma de pago sería un indicativo para conocer si existe o no una presencia económica significativa.

**139.** Una vez vistos los factores técnicos y digitales, haremos una breve referencia a otros factores que se basan en el «usuario-consumidor». En este caso, conocer la inmersión en una plataforma extranjera digital de un país concreto, se puede medir por el número de usuarios activos que utilizan la plataforma en un periodo determinado. Hoy en día, la realidad es que las empresas digitales ofrecen escasa información al respecto sobre las visitas de sus clientes, algo que es contraproducente, ya que la información es importante para conocer oportunidades dentro de los mercados.

**140.** Finalmente, un factor relevante para determinar si existe o no presencia económica es la «celebración de contratos online». Este factor, está basado en la cláusula del “agente dependiente”, que está prevista en el Modelo de Convenio de la OCDE en la forma de interpretar la definición de establecimiento permanente por parte de esta organización. En esta cláusula, se destaca que una empresa extranjera tiene presencia económica en un país cuando haya una persona actuando en nombre de ella, y a su vez concluya contratos de forma frecuente.

## 2. La presencia digital significativa

**141.** La economía digital presenta unos retos o desafíos que están plasmados en la acción 1 del Plan contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, conocido como Plan BEPS. Entre los desafíos, son cuatro los condicionantes tributarios que afectan a este nuevo modelo de negocio:

*Primero:* el nexo o criterio de sujeción, según la propia acción, la problemática está relacionada con la capacidad de las cadenas de valor digitales de generar, o no una presencia física que según la propia acción la considera desproporcionada en relación con los ingresos generados en la jurisdicción de la fuente; por lo tanto, una reducida presencia presenta una problemática valorativa.

*Segundo:* el tratamiento fiscal de los datos, este segundo desafío está estrechamente relacionado con el anterior, es decir el nexo, en este caso el problema surge cuando las empresas tratan estos datos mediante estrategias, donde la información que es objeto de explotación comercial y que proviene de otras jurisdicciones puede ser interpretada de forma distinta a la del origen de los datos.

*Tercero:* la calificación de las rentas derivadas del nuevo modelo económico digital: Según la propia acción, «*los nuevos modelos de negocio plantean dudas sobre la calificación apropiada de ciertas operaciones y determinados pagos desde el punto de vista de la normativa interna y en virtud de los convenios fiscales*»<sup>46</sup>.

*Cuarto:* la recaudación del Impuesto de Valor Agregado; en el caso del IVA, el reto se plantea cuando los consumidores privados adquieren productos online a proveedores situados en el extranjero.

---

<sup>46</sup> Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital, pág. 145. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

**142.** Autores como OLBERT Y SPENGER<sup>47</sup>, critican duramente los desafíos planteados en la Acción 1 de BEPS, puesto que, para ambos: *«la política relativa a los modelos de negocio digitales debe seguir de cerca el análisis de la organización, y características económicas de los desarrollos descritos. Mientras que las oportunidades de BEPS inherentes a la económica digital, los desafíos más amplios solo se describen en un nivel abstracto. Por otra parte, se necesitaría más precisión para determinar el tratamiento fiscal exacto de todas las transacciones de una empresa digital y multinacional»*.

**143.** Aunque hayamos conseguido avanzar en la calificación de las rentas internacionales de la economía digital, existen problemas a la hora de establecer la imposición indirecta de algunas de estas rentas en relación al IVA. En este caso a tendencia de los Estados es aplicar el criterio de destino del IVA.

**144.** Otra problemática la encontramos en la creación de mecanismos de comunicación más eficientes entre las administraciones tributarias, y entre éstas y los contribuyentes. Hoy aun seguimos sin encontrar la solución más adecuada para dar respuesta al problema que surge a la hora de establecer el criterio de sujeción más adecuado dentro de la economía digital. Sobre la Acción 1 BEPS, la OCDE mantuvo en su momento varias opciones para enmendar la definición de establecimiento permanente, y abordar los desafíos digitales de forma más amplia. En base a la acción 7 del plan, las excepciones al estatus del establecimiento permanente fueron modificadas en el artículo 5 del Modelo. En el futuro, solo se considerarán actividades generales de un EP, las que conlleven una preparación y se exceptuará el carácter auxiliar. En un primer momento, se propuso una posible modificación de las excepciones establecidas en el apartado 4 del artículo 5 del Modelo de Convenio OCDE<sup>48</sup>.

**145.** El artículo 5.4 del Modelo de Convenio, recoge aquellas excepciones a las que se les debe atribuir la expresión establecimiento permanente. Como resultado, una función que antes se consideraba auxiliar como la logística, podría constituir un establecimiento permanente si una infraestructura logística en su buen desempeño fuese esencial al modelo de negocio, Por otra parte, se introduce una regla anti-fragmentación, para complementar la modificación de excepciones al estado de establecimiento permanente.

**146.** Esta regla está dirigida a dar la oportunidad de digitalizar empresas para distribuir su cadena de valor entre varias entidades comerciales y jurisdicciones. En este caso el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED) de la OCDE propone establecer un nuevo nexo en base a una presencia virtual significativa para dar respuesta a determinadas situaciones que se producen en ciertas actividades comerciales que se efectúan exclusivamente de forma digital. estas actividades que se consideran desmaterializadas, son aquellas donde las empresas digitales suelen precisar de unos mínimos elementos físicos en el Estado de la fuente para realizar su actividad principal con independencia de que estos elementos físicos (oficina edificios) se encuentren o no en el Estado de la fuente. Según la OCDE, se pueden considerar actividades desmaterializadas:

- i. La actividad principal de la empresa se basa enteramente o en su mayor parte en bienes y/o servicios digitales.

<sup>47</sup> Vid. M. OLBERT, y C. SPENGLER (2017) *“International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted”*, World Tax Journal, (Volumen 9), núm,1, pág. 11.

<sup>48</sup> Artículo 5.4 MC OCDE: se considera que la expresión “establecimiento permanente” no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio. Recuperado en: <https://www.gloabal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>

- ii. No entran en juego actividad o elemento físico alguno en la creación de los bienes y servicios o en su entrega y prestación, respectivamente, aparte de la existencia, uso o mantenimiento de servidores y sitios web u otras herramientas informáticas, así como la recopilación, procesamiento y comercialización de datos geolocalizados.
- iii. Los contratos se celebran generalmente a distancia, a través de Internet o por teléfono.
- iv. Los pagos se efectúan exclusivamente mediante tarjetas de crédito u otros medios de pago electrónicos gracias a formularios en línea en los sitios web correspondientes o a plataformas vinculadas o integradas en los mismos.
- v. Los sitios web representan el único medio utilizado para relacionarse con la empresa; no intervienen ninguna tienda o agencia física en las actividades principales, a excepción de las oficinas situadas en los países en que se encuentren la matriz o la compañía explotadora.
- vi. Todos o la mayor parte de los beneficios son imputables a la entrega de bienes o prestación de servicios digitales.
- vii. El cliente no tiene en cuenta el domicilio legal o residencia fiscal y la ubicación física del vendedor, que no influyen en sus elecciones.
- viii. El uso efectivo del bien digital o la prestación del servicio digital no precisan de una presencia física o de la utilización de un producto material distinto de un ordenador, dispositivos móviles u otras herramientas informáticas.

**147.** La OCDE menciona que estas modificaciones pueden ir más allá de los casos BEPS, y no solo se limita a evaluar las modificaciones del concepto de establecimiento permanente, sino que, sobre la base de sus enfoques iniciales, presenta un nuevo nexo imponible basado en el concepto de presencia económica significativa:

*«Al número total de contratos celebrados a distancia relativos a bienes y servicios digitales, a la participación activa de un número considerable de usuarios (tales como el número de cuentas activas para las plataformas sociales, el número de visitantes a los sitios web o el número de usuarios de herramientas en línea) y el nivel global de consumo de bienes o servicios digitales de la empresa en el país de la fuente»<sup>49</sup>.*

**148.** La OCDE menciona que, una vez que se establece tal nexo, la determinación de la renta atribuible no es una tarea trivial; las reglas y principios existentes no serían análogamente aplicables sin realizar ajustes importantes debido a la falta de presencia física. En relación con el trabajo de la OCDE y en base a BEPS, autores como HONGLER y PISTONE, presentan un informe elaborado sobre cómo expandir el concepto de “establecimiento permanente”, para preservar adecuadamente la soberanía de los Estados de origen, y gravar los ingresos empresariales digitales. Aunque el trabajo se relaciona directamente con el proyecto BEPS, ambos autores buscan una revisión principalmente de los principios para la asignación de Derechos tributarios. Los autores proponen el establecimiento permanente como un medio para asignar Derechos tributarios que requieren una desviación del concepto de un lugar fijo de negocios, basado en características físicas como respuesta a los cambios estructurales de la economía digital.

**149.** A la hora de crear un negocio digital, los Estados pueden justificar la creación de un establecimiento permanente de acuerdo tanto con la teoría de la fuente, como con la teoría del beneficio. Por un lado, la teoría de la fuente debería abarcar a las empresas digitales sin creación de valor en un entorno moderno y de menor presencia física; por otro lado, en las actividades digitales no físicas también se benefician de los Estados con un sistema legal estable, en la ejecución de pagos, en el suministro de energía o en infraestructuras que son importantes en este modelo de negocio.

---

<sup>49</sup> Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios Cómo abordar los desafíos Fiscales de la Economía Digital ACCIÓN 1: Objetivo del 2014, pág.157. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

**150.** Por lo tanto, siguiendo esta regla, una empresa que opera a través de plataformas digitales, bases de datos, plataformas de publicidad en línea, se consideraran un establecimiento permanente, si cuentan con una base de 1000 usuarios al mes, y un cierto umbral de ingresos en un determinado Estado. Si se establece este nexo, ni los precios de transferencia actuales, ni las reglas para la asignación de activos, funciones y riesgos, ni el concepto alternativo de distribución del formulario, serían adecuados para la asignación de ingresos debido a la naturaleza no física de la tecnología digital.

**151.** HONGLER y PISTONE, abogan por la aplicación del método de división de beneficios transaccionales, que debe revisarse para tener en cuenta la gran importancia de la inherente creación de valor del propio mercado. Se considera que una asignación de ingresos por adelantado de un tercio de las ganancias de una empresa digital a la jurisdicción del mercado, está en línea con los principios económicos y por lo tanto: *«la existencia de tales beneficios, incluso en ausencia de presencia física, prueba que los nuevos modelos de negocio desarrollados por la economía digital no deberían impedir que un estado ejercer sus poderes impositivos sobre dichos ingresos comerciales con el fin de contrarrestar el costo soportado para prestar sus servicios»*<sup>50</sup>.

**152.** Aunque la recaudación del impuesto y la distribución entre varios países de mercado podrían implicar desafíos prácticos, los autores también ven la división inicial y la asignación de ganancias como una opción viable para garantizar la aplicación global de los impuestos. Para los mencionados autores, *«la ventaja de dicho sistema es la recaudación de impuestos simple y rentable. Además, sobre la base del supuesto de que los impuestos que se recaudan a nivel de una empresa, el riesgo de no exigibilidad es bajo»*.

**153.** De los comentarios sobre el artículo 5 del MCOCDE, se desprende que si bien se han intentado modificar la configuración del nexo tradicional, y el concepto de “lugar fijo de negocios” de la empresa, no se ha llegado a evolucionar hasta el punto de cubrir de forma adecuada y completa los espacios digitales; la presencia significativa sigue siendo un elemento esencial para determinar un lugar de establecimiento permanente, con independencia del lugar donde se genere materialmente el valor económico. Por lo tanto, es necesario establecer un análisis de cada caso en particular, teniendo en cuenta las características y elementos específicos para determinar si existe o no un establecimiento permanente; del mismo modo, habrá que tener en cuenta las reticencias de los Estados que disciernen de la interpretación de la OCDE, para así, conocer su propio criterio de interpretación en relación a este concepto.

**154.** Considerando la facilidad de ocultar el elemento “permanencia” necesaria para constituir un lugar fijo de negocios, y la dificultad para concretar si se realizan habitualmente contratos en nombre de la empresa, o bien si se trata de una actividad auxiliar o preparatoria, se debatió sobre la idea de un “establecimiento permanente virtual”, basado en el término “*business presence test*” (presencia comercial significativa). En base a esta idea se entenderá que una empresa dedicada a una actividad totalmente desmaterializada cuenta con una presencia virtual significativa en un determinado país cuando<sup>51</sup>:

1. *Se firme a distancia un número significativo de contratos de suministro de bienes o servicios digitales totalmente desmaterializados entre la empresa y un cliente residente en ese país a efectos fiscales.*
2. *Los bienes o servicios digitales de la empresa se utilicen o consuman, en gran medida, en dicho país.*

<sup>50</sup> Vid. P. HONGLER y P. PISTONE (2015) Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, pág.22 y 37, White Papers IBFD. Recuperado en: [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining\\_the\\_PE\\_concept-whitepaper.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf)

<sup>51</sup> Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios Cómo abordar los desafíos Fiscales de la Economía Digital ACCIÓN 1: Objetivo del 2014, pág.158. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

3. *Los clientes situados en ese país efectúen pagos sustanciales en favor de la empresa como contraprestación por las obligaciones contractuales derivadas del suministro de bienes o servicios digitales en cuanto parte de la actividad principal de la empresa en cuestión.*
4. *Una sucursal de la empresa ubicada en dicho país desarrolle actividades secundarias, como es el caso de funciones de asesoramiento y comercialización dirigidas a los clientes residentes del país en cuestión estrechamente vinculadas a la actividad principal de la empresa.*

**155.** El Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED) estudió igualmente una variante de esta posible solución consistente en crear un nuevo nexo fiscal para las empresas dedicadas a una actividad digital totalmente desmaterializada, siempre y cuando la entidad desarrolle una actividad significativa en el país, utilizando para ello datos de carácter personal obtenidos mediante el seguimiento regular y sistemático de los usuarios de Internet en ese país. Finalmente, otra de las propuestas del GEFED, pasa por sustituir el concepto existente de EP por un criterio basado en la “presencia significativa” para atender los cambios que se producen en las relaciones con los clientes en el entorno digital, sin dejar de apoyarse en la presencia física. Los criterios para llevar a cabo el cambio de concepto incluirían<sup>52</sup>:

- Las relaciones con los clientes o usuarios durante al menos seis meses, acompañadas de una cierta presencia física en el país, de forma directa o por medio de un agente dependiente.
- La venta de bienes o servicios por medios que implican una cercanía a los clientes en el país, entre ellos (i) un sitio web en el idioma local, (ii) un servicio de entrega por parte de los proveedores ubicados en la jurisdicción, (iii) servicios bancarios y otros varios ofrecidos por los proveedores en ese país, o (iv) suministro de bienes o servicios procedentes de proveedores ubicados en dicho país.
- Suministro de bienes o servicios a los clientes radicados en un determinado país fruto de una actividad sistemática de recogida de datos o aportaciones de contenidos por parte de personas situadas en el país en cuestión.

**156.** Jurisprudencialmente nos encontramos con casos como el que surge en el año 2007, cuando mediante un procedimiento inspector la Administración Tributaria española, reclama una deuda tributaria al grupo internacional DELL, un grupo cuya sede matriz en encuentra ubicada en Irlanda (DPI). Se da el caso de que este grupo cuenta con una filial en España DESA, que tributaba por las comisiones que recibía en calidad de mero comisionista. La principal cuestión que se plantea es la muy posible existencia de un Establecimiento permanente del DELL en España en base a aplicar el CDI hispano-irlandés. En este caso, queda muy clara la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en la sala de lo Contencioso el 20 de junio de 2016<sup>53</sup>. Lo primordial para el alto tribunal era conocer si DELL cuya residencia fiscal se encuentra en Irlanda, operaba a través de Establecimiento permanente, o bien lo hacía a través de su filial DESA.

**157.** En los fundamentos de la sentencia queda clarificado que el modo operandi de DELL, consistía en utilizar las instalaciones de su filial DESA en España para realizar funciones de: promoción, venta, captación de clientes, gestión de pedidos, control y recepción de productos, así como la distribución de los mismos, el marketing y la publicidad.

**158.** En la propia sentencia, se recogen los argumentos que en su día ofreció el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), en su resolución de 15 de marzo de 2012<sup>54</sup>. Para el TEAC, la

<sup>52</sup> Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios Cómo abordar los desafíos Fiscales de la Economía Digital ACCIÓN 1: Objetivo del 2014, pág.159. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

<sup>53</sup> STS, 2861/2016 de 20.06.2016, Recuperado en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196edebf95c01daaaa80cf6f6c206d954a4>

<sup>54</sup> Resolución núm.00/2107/2007 de Tribunal Económico-Administrativo Central. Recuperado en: [https://serviciostelematicosexh.hacienda.gob.es/TEAC/DYCTEA/criterio.aspx?id=00/02107/2007/00/0/1&q=s%3d1%26rn%3d%26ra%3d%26fd%](https://serviciostelematicosexh.hacienda.gob.es/TEAC/DYCTEA/criterio.aspx?id=00/02107/2007/00/0/1&q=s%3d1%26rn%3d%26ra%3d%26fd%26)

página web, pese a su intangibilidad, puede ser un lugar de negocios en tanto que se realicen operaciones comerciales desde la misma.

**159.** El TEAC ampara sus argumentos, por un lado, reconociendo los Comentarios al MCOCDE, que se hacen del establecimiento permanente, puramente automático y sin necesidad de intervención humana, pese que a continuación afirma que de la documentación obrante en el expediente se desprende la existencia de personal al servicio de la web, y por otro lado la consideración que España tiene sobre los Comentarios del MCOCDE donde la posible existencia de establecimiento permanente es retirada de los Comentarios del Modelo de la OCDE de 2010, por lo que las pretensiones de considerar a una web como establecimiento decaerán. En el apartado quinto de los Fundamentos el Tribunal Supremo entra a cuestionar la existencia o no de un “agente dependiente” por parte de la filial española, lo hace interpretando el artículo 5.5 del MCOCDE. En este caso para el tribunal:

*«Lo relevante, por tanto, no es tanto que medie un determinado contrato, un determinado vínculo contractual, sino la vinculación funcional, que el agente posea poderes suficientes para vincular al comitente, dentro del desarrollo habitual de la actividad empresarial conforme a las instrucciones y bajo el control del mismo; de suerte que ha de atenderse no tanto a las formas que unen a comitente y agente, como al análisis funcional y fáctico que definen la relación existente realmente manifestada por el alcance y límites de las instrucciones, grado de control, asunción de riesgos y/u organización empresarial, de la que surge la dependencia que debe ser de alcance sustancial y no meramente preparatorio o auxiliar.»*

**160.** Del mismo modo el Tribunal Supremo insiste en la necesidad de atender a la realidad del contrato, y de las relaciones prestadas por la filial española en relación con el funcionamiento del grupo empresarial, dejando a un lado interpretaciones formalistas y literales del MCOCDE. Esta circunstancia queda patente en el fundamento quinto:

*«Todo lo cual responde a la finalidad y función a cumplir en la regulación de la fiscalidad internacional, que pretende la distribución equitativa de las cargas impositivas y de los beneficios empresariales entre los Estados, en un escenario muy diferente al existente en el momento en el que surgen los Convenios de Doble Imposición, un mercado globalizado en el que las compañías multinacionales tratan de trasladar los beneficios obtenidos en otros Estados hacia uno de baja tributación. No cabe, pues, la interpretación estrictamente formalista-literal y estática que pretende la parte recurrente, aun cuando en momentos determinados tribunales de otros países, noruegos o franceses, como indica la parte recurrente hayan acudido a dichas interpretaciones de Convenios de Doble Imposición análogos al que nos ocupa.»*

**161.** Tanto la Audiencia Nacional<sup>55</sup>, como el Tribunal Supremo mediante recurso de casación, entienden que DPI con residencia en Irlanda, posee un establecimiento permanente en territorio español; de este modo, el alto tribunal rechaza el precepto por el cual se pretendía evitar la existencia de un agente dependiente y por lo tanto, la existencia de un establecimiento permanente, cuando éste actuase en su propio nombre aunque por cuenta de terceros, adelantándose a lo que posteriormente se recogerá en la acción 7 de Proyecto BEPS<sup>56</sup>, y que provocaría la posterior modificación del artículo 5 del MCOCDE.

3d15%2f03%2f2012%26fh%3d15%2f03%2f2012%26u%3d%26n%3d%26p%3d%26c1%3d%26c2%3d%26c3%3d%26tc%3d%26tr%3d1%26tp%3d%26tf%3d%26c%3d%26pg%3d

<sup>55</sup> SAN, 2153/2015, de 08.06.2015, Recuperado en: <https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7433819&links=establecimiento%20Y%20permanente%20Y%20no%20residentes&optimize=20150714&publicinterface=true>

<sup>56</sup> beps acción 7: impedir la elusión artificial del estatuto de establecimiento permanente (EP) 31 octubre 2014 – 9 enero 2015, pág.22. El párrafo 4 no se aplicará a un lugar fijo de negocios que una empresa utilice o mantenga si esa misma empresa o una empresa asociada lleva a cabo actividades comerciales en el mismo lugar o en otro lugar del mismo Estado contratante, y a) ese lugar u otro lugar constituye un establecimiento permanente de la empresa o de la empresa asociada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, o b) la actividad global resultante de la combinación de las actividades llevadas a cabo por las dos empresas en el mismo lugar, o por la misma empresa o por empresas asociadas en los dos lugares. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/proyecto-preliminar-accion-7-impedir-elusion-artificiosa-estatuto-ep.pdf>

## V. Conclusiones

**162.** Está claro que la economía digital nos ha ofrecido nuevos modelos de negocio que deben estar sujetos a un constante y riguroso estudio, debido a los constantes cambios que se han producido por tratarse de una economía global. Este estudio afecta tanto a los modelos de negocio que utilizan las empresas digitales, como a la fiscalidad de sus rentas. Una fiscalidad que preocupa a las autoridades de los Estados, ya que la elevada cantidad de operaciones y actividades que se llevan a cabo a través de la economía digital generan unos beneficios directos específicos que deben ser gravados.

**163.** Ante este contexto, son varios los retos y desafíos que se plantean a la hora de establecer la tributación de los beneficios procedentes de la economía digital, y que comienzan con una desterritorialización de la actividad económica y fiscal. Es decir, nos encontramos ante retos como, establecer en primer lugar quien es el “beneficiario efectivo” de las rentas obtenidas y, en segundo lugar, donde deben tributarse las rentas, más aun, teniendo en cuenta que no existe una presencia física en este modelo de negocio. Estas circunstancias que diferencian el comercio digital, del tradicional, han generado dificultades a la hora de plantear donde se debe considerar que se está desarrollando una actividad económica susceptible de tributar, ya que las empresas digitales están, utilizando comportamientos “ilícitos” que han dificultado a las autoridades fiscales obtener la información necesaria sobre sus rentas, de cara a su obligación fiscal. Estas circunstancias generan una erosión en las arcas tributarias de los Estados fundamentalmente por la inexistencia de un espacio físico o establecimiento permanente.

**164.** Para dar respuesta a este desafío, Organismos internacionales como la OCDE intentan a través de su Modelo de Convenio y el Plan BEPS, ofrecer una interpretación de cómo se debe distribuir la potestad tributaria de las rentas procedentes del comercio digital; y una interpretación del concepto “beneficiario” para crear un criterio específico común y global sobre el tratamiento de dichas rentas.

**165.** En una primera aproximación la organización intergubernamental, utiliza el término beneficiario final, como un requisito subjetivo para que los residentes de un Estado parte, puedan beneficiarse de una tasa impositiva reducida relacionada con los ingresos recibidos en el país de origen; circunstancias y requisitos que quedaran plasmados en los artículos 10, 11, y 12 del Modelo de Convenio de 1956; En 1977, se comenzaron a introducir modificaciones en relación al término beneficiario con la finalidad de prevenir la evasión y elusión fiscal, cada vez más acentuada en este tipo de economía digital. Además, de cambiar el concepto beneficiario “final” por beneficiario “efectivo”, en las nuevas versiones la OCDE, se reconoce la tributación compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia en la medida de que este último, será considerado beneficiario efectivo, por lo que se aconseja al Estado de la fuente aplicar las deducciones convenientes para evitar la doble tributación.

**166.** Otros de los desafíos que se plantean en relación a la tributación de las rentas digitales se plantea a la hora de establecer una configuración actual de establecimiento permanente. En el año 2014, el Grupo GEFED (Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital) de la OCDE, analiza el concepto “presencia virtual significativa”, para dar una solución a la tributación de las rentas “virtuales”. Este grupo de expertos, propone la creación de un nuevo “nexo” en base a dicha presencia significativa; para ello, sugiere la creación de un registro para aquellas plataformas digitales que reúnan las peculiaridades necesarias para ser consideradas que tienen presencia económica significativa. En este caso se deberán tener en cuenta distintos «factores técnicos» como pueden ser: las transacciones realizadas, o el nivel del límite de rentas; «factores digitales» como el dominio local, o la plataforma local digital, y «factores humanos» como la cláusula de “agente dependiente”. Por lo tanto, GEFED propone sustituir el concepto existente de establecimiento permanente, por un criterio basado en la “presencia significativa” para atender así a los cambios que se producen en las relaciones con los clientes en el entorno digital, sin dejar de apoyarse en la presencia física.

**167.** En el presente documento hemos intentado dar respuesta a estos y otros desafíos que presentan en la economía digital. A pesar de los esfuerzos realizados por los Estados y organizaciones como la OCDE, no tenemos una solución fácil e inmediata a este problema, y nuestro objetivo debe enfocarse a resolver los problemas existentes, proponiendo alternativas concretas ante los retos planteados, que permitan buscar una solución al desequilibrio de soberanía fiscal que existe en relación a la tributación de las rentas digitales.

**168.** Sin bien, podemos decir que las modificaciones efectuadas en un primer momento suponen un importante paso en relación a la innovación del control tributario en materia de elusión y evasión fiscal, del mismo modo, podemos afirmar que no son suficientes, ya que es complicado construir de forma sólida una norma fiscal internacional que permita una imposición justa, segura y controlada. En este caso, se están dando pasos importantes como el que se ha producido por parte del G-7 en su reunión de Londres celebrada el día 5 de junio de 2021, donde se acuerdan establecer medidas que supondrán un antes y un después en la forma de tributar las rentas digitales. En este sentido, y como ejemplo, se prevé establecer un tipo impositivo mínimo del 15% del IS en el lugar o Estado donde se obtengan los beneficios, para luchar contra el fraude y la evasión fiscal.

**169.** Esta novedosa medida supone que empresas como Amazon, Google o Facebook, no podrán tributar por sus operaciones realizadas en los territorios donde obtengan beneficios en condiciones más ventajosas que aquellas otras empresas con presencia física o establecimiento permanente en esos mismos territorios. Aun así, sería importante establecer nuevos sistemas y obligaciones formales de información frente a las administraciones tributarias, aplicados al comercio electrónico, tanto para proveedores de pago online, como para los servidores o plataformas digitales.

**170.** Del mismo modo creemos que sería conveniente establecer nuevos sistemas de cooperación y colaboración internacional, donde los convenios de doble imposición cobren protagonismo frente a las nuevas obligaciones normativas, que deben ser propuestas de forma consensuada tanto por los Estados, como por otras entidades Supranacionales. Finalmente, deberían crearse herramientas que se utilicen tanto en las redes, como en el comercio electrónico, que faciliten la aparición de nuevos métodos de control, aplicados por las autoridades tributarias de los Estados.

**171.** A modo de reflexión, aunque es cierto que nos encontramos ante el reto de establecer una correcta tributación de las rentas en el comercio electrónico, el problema no debe fundamentarse en la metodología para llevar a cabo las operaciones comerciales digitales, ya que se podrían producirse discriminaciones a la hora de establecer diferentes imposiciones por las operaciones llevadas a cabo en el ámbito del comercio digital; más bien, consideramos que se debería incidir en como establecer un consenso para aplicar una tributación homogénea que no dé lugar, a que las empresas que operan a través de la redes puedan elegir aquellas jurisdicciones fiscales que les sean más favorables para sus intereses económicos.

# EL VEGANISMO ÉTICO COMO CREENCIA Y SU POSIBLE REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO LABORAL ESPAÑOL\*

## ETHICAL VEGANISM AS A BELIEF AND ITS POSSIBLE REPERCUSSIONS IN THE SPANISH LABOUR LAW

CARMEN JOVER RAMÍREZ

*Profesora Dra. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

Recibido: 17.05.2021 / Aceptado: 07.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6259>

**Resumen:** El estudio que se presenta tiene como punto de partida el veganismo ético como creencia. A la luz del caso británico Casamitjana, se reflexiona sobre las diferentes consecuencias que su injerencia pudiera tener en el ámbito de la relación laboral. Desde su consideración como posible causa de discriminación a su interrelación con el poder organizativo, de dirección y disciplinario del empresario, se pretende ofrecer una visión de esta nueva realidad, planteando posibles soluciones y respuestas desde la visión plural y multicultural que, patente ya en gran parte de los ámbitos económico, social, cultural etc., de la sociedad, ha llegado para también asentarse en el seno de la relación laboral que vincula a trabajador y empresario.

**Palabras clave:** Veganismo ético, creencia, libertad de pensamiento, discriminación laboral, relación laboral

**Abstract:** The study presented here takes as its starting point “ethical veganism” as a belief. In the light of the British case Casamitjana, it reflects on the different consequences that its interference could have in the sphere of the employment relationship. From its consideration as a possible cause of discrimination to its interrelation with the employer’s powers, the aim is to offer a vision of this new reality, proposing possible solutions and responses from the plural and multicultural vision that, already evident in a large part of the economic, social, cultural, etc., spheres of society, has also come to settle in the heart of the labour relationship that links employee and employer.

**Keywords:** ethical veganism, belief, freedom of thought; employment discrimination; employment relationship

**Sumario:** I. Introducción. II. El asunto de partida: Casamitjana Costa versus The league Against Cruel Sports. III. Las “creencias” en el ámbito internacional y comunitario. IV. Las “creencias” en el Ordenamiento jurídico español: 1 Las “creencias” en la Constitución Española de 1978: A) Las “creencias” como manifestación de la libertad ideológica y de pensamiento B) Las “creencias” como causa de discriminación en el artículo 14 de la Constitución Española. 2. Las “creencias” en el ordenamiento jurídico laboral español. V. El veganismo ético como “creencia” en el seno de la relación laboral: 1. Falta disciplinaria versus derecho fundamental. 2. Las posibles respuestas a la inclusión del veganismo ético en la relación laboral: A) La “modalización” de los derechos fundamentales B) Empresas de tendencia, tareas de tendencia y trabajador “portador de tendencia” C) La negociación colectiva ante el veganismo ético. VI. Conclusiones

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto “Identidad islámica y orden Público en una sociedad inclusiva”, FEDER-UCA18-105497, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía.

## I. Introducción

1. Dice el refrán popular que “*cuando veas las barbas de tu vecino afeitarse pon las tuyas a remojar*”<sup>1</sup>. El Asunto Casamitjana Costa versus The league Against Cruel Sports, que ha motivado en Reino Unido un Preliminary hearing judgment por el Norwich Employment Tribunal de 21 de enero de 2020, ha llevado a pensar las posibles repercusiones que un caso de índole similar al caso Casamitjana pudiera tener en el ordenamiento jurídico laboral español.

2. La consideración del veganismo ético como una “creencia” y, por tanto, una posible característica protegida al amparo de lo previsto en la sección 10 de la *Equality Act 2010* británica, determinará que el despido del Sr. Casamitjana pudiera tener su fundamento en una actuación discriminatoria del empleador contra aquel, como consecuencia de sus creencias o, en otro caso, ser un despido disciplinario fundado en una falta disciplinaria del trabajador. A tales efectos, deberá tenerse en cuenta lo indicado en dicha sección 10, es decir, “creencia” es cualquier creencia religiosa o filosófica, entendiéndose incluido en el término “creencia”, la falta o ausencia de la misma. ¿Es el veganismo ético una creencia filosófica a estos efectos? Cuestión esta que veremos cómo ha sido dirimida por la justicia británica en el caso que nos ocupa.

3. Dicho esto, ¿qué ocurriría en nuestro ordenamiento jurídico?; ¿tendría cabida dicha circunstancia como discriminatoria al amparo del artículo 14 de la Constitución española? Un sector doctrinal vaticinaba ya, años atrás, la necesidad de advertir nuevos matices en la enunciación de las causas de discriminación previstas en los textos internacionales, -lo que, por ende, a nuestro juicio, entendemos debemos hacerlo extensivo a nuestros textos nacionales-, advirtiendo de la necesidad de atender al avance de la realidad social, lo que conlleva la evolución de las sociedades y nuevos motivos de victimización<sup>2</sup>.

4. Dilucidada esta cuestión, sería necesario, a nuestro juicio, analizar la posible injerencia de dicha creencia en la relación laboral con el fin de conocer la prevalencia o no de ella sobre la buena fe contractual y el deber de cumplir las directrices e instrucciones dadas por el empresario. La interpretación a las cuestiones planteadas no es baladí pues ello tendrá importantes consecuencias en el ámbito jurídico laboral, principalmente en cuanto a las posibles consecuencias disciplinarias de determinadas conductas, que, atendiendo a la gravedad de su calificación podrían conducir a un despido, el cual, atendiendo a lo señalado, podría ser calificado como procedente o nulo.

5. Sin embargo, la cuestión que se acomete no carece de antecedentes posibles que nos sirvan de punto de partida. Cuestiones íntimamente ligadas a las creencias de un sujeto, principalmente desde la perspectiva religiosa, nos servirán para enfrentarnos a una nueva realidad que, sin lugar a dudas, no constituirá un elemento aislado en la sociedad en la que hoy nos encontramos sino que será un ejemplo más de ese cambio social al que día a día nos enfrentamos y para el que el legislador debe estar preparado a responder. No nos son ajenos los conflictos suscitados a tenor de la incidencia de la religión en la relación laboral o de la objeción de conciencia o de la apariencia física del trabajador etc... De ahí que creamos necesaria la reflexión sobre los mismos a la hora de dar una útil respuesta a la situación planteada así como a aquellas otras que pudieran estar por llegar.

## II. El asunto de partida: Casamitjana Costa versus The league Against Cruel Sports

6. El Sr. Casamitjana es un zoólogo cualificado, preocupado por el bienestar animal y vegano ético desde el año 2000; lo que significa que ha realizado una transición hacia el veganismo más allá de un simple cambio en sus pautas alimentarias, incidiendo su creencia en otros aspectos de la vida

<sup>1</sup> F. JORDÁN MURCIA, “Dichos y refranes populares”, Revista Cangilón, nº 33, diciembre 2010

<sup>2</sup> M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, Temas Laborales, nº 98, 2009, p.15

cotidiana tales como la elección de su indumentaria diaria, los productos de higiene y cosmética, la electricidad que consume, los muebles presentes en su casa, el medio de transporte utilizado, sin olvidar la posible incidencia en sus relaciones interpersonales. El Sr. Casamitjana presta sus servicios para la “Liga contra deportes crueles”, organización benéfica para el bienestar animal, caracterizada por su campaña contra los deportes recreativos que dispensan un trato cruento a los animales. El hecho de descubrir que dicha asociación invertía parte de los fondos de los que se nutrían los planes de pensiones de los trabajadores en empresas que originaban un tratamiento cruel a los animales, le llevó a poner dicho hecho en conocimiento de sus compañeros de trabajo, a través de sendos correos electrónicos a los que adjuntó indicaciones y opciones para un posible cambio en el destino de las inversiones previstas para tales fondos. Dicho hecho se estimó, por parte de la empleadora, como una falta disciplinaria justificativa del despido del trabajador, al entender que se había actuado en contra de la política de la empresa y, concretamente, de la instrucción específica que establece la prohibición de enviar correos entre los empleados y dar asesoramiento financiero a los mismos; entendiéndose sin embargo el trabajador, que fue su creencia ética en el veganismo la que motivó la actuación de la empleadora, siendo pues objeto de discriminación en base a aquella<sup>3</sup>.

7. Al amparo del sistema anglosajón, se ha hecho pues necesario determinar, en primer lugar y con carácter previo a la calificación del despido, si el veganismo como tal puede tener cabida en la causa de discriminación prevista en la sección 10 (religión o creencia), del capítulo 1 (características protegidas) de la Parte 2 (Igualdad: conceptos fundamentales) de la *Equality Act 2010*. A este respecto, el Preliminary Hearing Judgment indicado es claro en sus conclusiones admitiendo la consideración del veganismo ético como una creencia filosófica al amparo de lo señalado en la *Equality Act 2010*. En el relato de los hechos, el juez relata minuciosamente los aspectos de la vida del demandante; aspectos que llevan a concluir el veganismo como filosofía de vida de aquel. Ello, unido a la definición de veganismo dada por la Vegan Society<sup>4</sup> así como a lo previsto en las normas internacionales en relación a la religión y creencias, conducen al juez a su conclusión final de admitir, como “evidencia abrumadora”, que el veganismo ético es una creencia filosófica y, por lo tanto, una característica protegida bajo la *Equality Act 2010*<sup>5</sup>.

### III. Las “creencias” en el ámbito internacional y comunitario

8. La “creencia” como derecho y posible causa de discriminación aparece expresamente recogida en textos internacionales y comunitarios. En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 18, el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión<sup>6</sup>; incluyendo este derecho, “la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Para la concreción de este artículo resultan de relevancia las Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos en 1993, concretamente la Observación nº 22 que, respecto de dicho artículo, entronca la libertad de conciencia y religión con la libertad de pensamiento, libertad que se extiende no solo al compromiso con la religión o las creencias sino a todas las cuestiones y las convicciones personales. Llama la atención

---

<sup>3</sup> Preliminary hearing Employment Tribunal Norwich, 2 y 3 de enero de 2020, Caso nº 3331129/2018, Jordi Casamitjana v The League Against Cruel Sports (<https://assets.publishing.service.gov.uk/>). In *extenso*, P. MCKEOWN AND R.A. DUNN, “A life-style choice or a philosophical belief?: The argument for veganism and vegetarianism to be a protected philosophical belief and the position in England and Wales”, *Liverpool Law Review*, enero, 2021

<sup>4</sup> A tales efectos, se entiende que el veganismo es una filosofía y una forma de vida que busca excluir, en la medida de lo posible y practicable, todas las formas de explotación y crueldad hacia los animales para la alimentación, la ropa o cualquier otro propósito; y por extensión, promueve el desarrollo y uso de prácticas en beneficio de los animales, los seres humanos y el medio ambiente. En términos dietéticos, supone prescindir de todos los productos derivados total o parcialmente de animales (<https://www.vegansociety.com/go-vegan/definition-veganism>, último acceso 11 de mayo de 2021)

<sup>5</sup> Conclusiones, párrafo 39, del Preliminary hearing Employment Tribunal Norwich, op.cit.

<sup>6</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

la interpretación amplia que se hace del artículo 18, al indicarse que dicho precepto no se limita en su aplicación únicamente a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales, sino que se refleja la preocupación existente por “cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas”<sup>7</sup>.

**9.** En términos similares a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966<sup>8</sup>, en cuyo artículo 18 se reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incluyendo este derecho, la libertad de tener o adoptar la religión así como las creencias elegidas.

**10.** En el seno de la OIT, su Convenio 111 de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación), no contiene mención expresa a convicciones o creencias, definiendo en su artículo 1 a) la discriminación como *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*. No obstante, el Informe del Director General, “La hora de la Igualdad en el trabajo de 2003”<sup>9</sup>, recoge expresamente la eliminación de la discriminación como elemento esencial para que todos los individuos, cualesquiera que sean sus creencias, puedan escoger libremente la orientación de sus caminos profesionales y de sus vidas laborales, desarrollar plenamente sus aptitudes y competencias y ser premiados con arreglo a sus méritos.

**11.** En la misma línea, el artículo 9 de la Convención para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión<sup>10</sup>; implicando este derecho “la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”. Dicha libertad de manifestación, según señala dicho precepto, “no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”, debiéndose garantizar, al amparo de lo señalado en el artículo 14 de dicho texto, el goce de dichos derechos y libertades “sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

**12.** En el seno de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>11</sup> reconoce en su artículo 10, bajo la rúbrica “libertad de pensamiento, conciencia y religión”, el derecho de toda persona a dichas libertades, implicando ello, la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Estableciendo el artículo 21 la prohibición de discriminación 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.

<sup>7</sup> Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

<sup>8</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General ONU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>9</sup> Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003

<sup>10</sup> Consejo de Europa, Roma 4 de noviembre de 1950 (<https://www.coe.int/es/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols>)

<sup>11</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUEC 2000/C 364/01 de 18 de diciembre de 2000)

**13.** Cabe destacar en este ámbito, la Guía Europea para la promoción y protección de la libertad de religión o creencias, elaborada por el Consejo de la Unión Europea en su reunión de 24 de junio de 2013<sup>12</sup>, en la que la vinculación religión y creencia es una constante a lo largo de su texto; si bien, la mención continua a una y otra hace pensar que no son lo mismo religión y creencias. Así se manifiesta en su parte introductoria al reconocer el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, religión o creencias como un derecho fundamental de la persona o, al enunciar entre sus principios básicos, el carácter universal de la libertad de religión o creencias, su consideración como un derecho individual que puede ejercerse en comunidad con otros, el papel fundamental del Estado como garante de ellos o su conexión con la defensa de otros derechos humanos.

**14.** Por su parte, tanto el Derecho originario como derivado reflejan una continua mención a la discriminación por dicha causa, sin perjuicio de que su incidencia en la realidad lo sea en menor medida que lo ocurrido respecto de otras de las causas de discriminación y sin perjuicio, como veremos, de que en la mayoría de las ocasiones “las creencias” vengan vinculadas a la religión como causa de discriminación. A este respecto, conviene señalar que el TFUE contempla como la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, debe tratar de luchar contra toda discriminación por razón, entre otras causas, de convicciones; disponiéndose, asimismo, como el Consejo, por unanimidad y con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por dicha causa<sup>13</sup>.

**15.** En el ámbito del Derecho derivado, como instrumentos jurídicos vinculantes, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, no hace mención alguna a la discriminación por razón de “creencias”, sin perjuicio de que pudiera pensarse que estas guardan una relación directa con tales orígenes.

**16.** Más explícita resulta en esta materia la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que, si bien no hace una mención expresa a las “creencias” como motivo de discriminación, sí lo hace a las “convicciones”, término este que entendemos guarda una conexión directa con el objeto de nuestro análisis, el llamado veganismo ético. Ahora bien, no es menos cierto que dicha Directiva utiliza, en no pocas ocasiones, el término “convicciones” vinculado a la religión. Es así el caso de los Considerandos 11, 12, 23, 26 y 29, en los que la discriminación por motivo de religión o convicciones se perfila como un peligro para la consecución de los objetivos del Tratado CE, concretamente para “el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas” (Considerando 11), debiéndose prohibir la discriminación directa o indirecta por dichos motivos- religión o convicciones- (Considerando 12), sin perjuicio de que una diferencia de trato esté justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, “constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado” (Considerando 23), sin que la prohibición de dicha discriminación no deba obstar al mantenimiento o adopción de medidas destinadas a “prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una religión o convicciones”, incluyéndose entre dichas medidas la posible existencia de organizaciones de personas de una religión o convicciones (Considerando 26), y previéndose los medios de protección jurídica adecuados para aquellas personas que, por dichos motivos, hubieran sufrido discriminación (Considerando 29). Es el Considerando 31 de la Directiva, con mención expresa a la inversión de la carga de la prueba, en el que

<sup>12</sup> EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief. Foreign Affairs Council meeting. Luxembourg, 24 June 2013 (<https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137585.pdf>)

<sup>13</sup> Arts. 10 y 19 de la Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 202/ 01 de 7 de junio de 2016)

se atisba una diferenciación entre religión y convicciones, al diferenciarse entre aquella persona perteneciente a una determinada religión y aquella que posee determinadas convicciones.

**17.** El articulado de la Directiva sigue una tónica similar a la prevista en sus Considerandos al señalar en su artículo 1, como objeto de la misma, el establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros, por motivos de religión o convicciones. Conexión que se mantiene en el artículo 2.2 b) al referenciar como discriminación indirecta, “cualquier disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción”.

**18.** A esta vinculación entre religión o creencias responden también otros instrumentos comunitarios. A título de ejemplo, la “Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre las Directrices de la UE y el mandato del enviado especial de la Unión para la promoción de la libertad de religión o creencias fuera de la Unión”<sup>14</sup>; la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, de 19 de octubre de 2020 (COM (2020) 690 final, Programa de trabajo de la Comisión para 2021, Una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad”<sup>15</sup>. Programa en el que se contempla, entre sus “seis grandes ambiciones”, un nuevo impulso a la democracia europea, siendo esencial para ese nuevo impulso que la Comisión continúe construyendo una Unión de la Igualdad y defendiendo el compromiso de Europa con la protección de los valores de la UE, así como con la inclusión y la igualdad en todos sus sentidos, independientemente de, entre otras condiciones, la religión o las creencias. O, el Plan de Acción de la Unión Europea para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024<sup>16</sup>, en cuya Línea de actuación “Proteger y empoderar a las personas”, contempla promover las libertades fundamentales y reforzar el espacio cívico y político, promoviendo y apoyando “el derecho de todas las personas a profesar una religión, a tener unas creencias o a no creer, protegiendo “los derechos de las personas a manifestar o a cambiar su religión o sus creencias, o a abandonarlas, sin temor a la violencia, la persecución o la discriminación”.

**19.** Ahora bien, ¿qué entender por “convicciones”? ¿es necesaria esa conexión con la religión o pueden ser dos conceptos diferentes? Si bien, como puede colegirse de lo expuesto, la vinculación religión-creencias viene siendo una constante en la visión internacional y comunitaria, creemos que la evolución de la sociedad, como indicábamos, está exigiendo una adecuación a nuevas realidades. Sin negar la tradicional vinculación entre religión y creencias, estimamos que ha llegado el momento de entenderlos como conceptos separados e independientes, resultando el segundo a la vez que, más amplio que el primero, aglutinador también de aquel, es decir, no puede negarse que la religión engloba una serie de creencias que la delimitan y conforman, en tanto que ciertas creencias no tienen porqué ir de la mano de la profesión de una determinada religión. A nuestro juicio, tal y como se pondrá de manifiesto más adelante, el término “convicción”, más amplio que el de “religión”, da cabida al pensamiento, opiniones, ideas etc... ajenas a una identificación religiosa.

**20.** En el asunto que nos ocupa, parece que al menos en la opinión del tribunal británico en el caso Casamitjana, el veganismo ético es una creencia, entendemos que, evidentemente, no religiosa sino, como se señala, “filosófica”. Creencia esta a la que, a nuestro parecer, debe serle otorgada la misma protección como creencia que a aquella otra que se vinculara con una religión, independiente de ser o no profesada. Ello sin olvidar que, en determinados supuestos, esta creencia puede ser intrínseca a la religión que se profesa. Así se señala que el origen del veganismo puede estar en el “jainismo”; religión para la que el mayor pecado es el daño (himsa) contra un ser vivo, siendo su regla moral básica la “ahimsa” o no-violencia o no-daño a los seres vivos<sup>17</sup>. Valor que comparten otras religiones como el hinduismo o

<sup>14</sup> DOUE C 411/05 de 27 de noviembre de 2020, p. 30.

<sup>15</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0690>

<sup>16</sup> Consejo de la Unión Europea, Bruselas 18 de noviembre de 2020, 12848/20

<sup>17</sup> C. DÍAZ, *Manual de la Historia de las Religiones* (5ª edición), Desclée de Brouwer, 2004, p. 283

el budismo y que llevan a propiciar su íntima relación con el veganismo al propugnar su filosofía de “no herir” así como el respeto hacia toda forma de vida<sup>18</sup>.

21. Estas nuevas realidades no han pasado desapercibidas para un sector de la doctrina laboralista, quien ya ha tenido ocasión de señalar que la realidad está haciendo emerger nuevas realidades sociales que atentan contra la dignidad humana y frente a las que deben buscarse técnicas de protección más idóneas que permitan seguir ese devenir social de una forma más ágil que la demostrada por los juristas o los instrumentos internacionales<sup>19</sup>.

#### IV. Las “creencias” en el Ordenamiento Jurídico español

##### 1. Las “creencias” en la Constitución Española de 1978

22. La búsqueda en la Constitución Española (en adelante CE) de la protección de la persona que profesa determinadas creencias requiere, a nuestro juicio, el análisis de tres preceptos de la norma suprema. El artículo 16, en cuanto consagra la libertad ideológica; el artículo 20, en el que se reconoce la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones y el artículo 14 en el que se consagra el principio de no discriminación. Preceptos estos que reclaman un análisis conjunto para dirimir la cuestión que nos ocupa.

##### A) Las “creencias” como manifestación de la libertad ideológica y de pensamiento

23. El artículo 16 CE garantiza en su apartado 1, “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Disponiendo en su apartado 2 que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Como puede verse, únicamente en el segundo apartado se hace mención expresa a las “creencias”, hecho que, según señala la doctrina, puede responder a una voluntad de amparar respuestas no fideístas a la pregunta religiosa (ateísmo, agnosticismo o mera indiferencia)<sup>20</sup>, ejemplos a los que creemos hoy en el siglo XXI podrían añadirse otras muchas ideas, pensamientos etc., que han llegado a constituir unas “creencias” como *modus vivendi* y que guardan relación con elementos que poco o nada tienen que ver con la religión, como es el caso del veganismo ético. Igualmente, se señala, desde una interpretación amplia de esta libertad, su consideración como un derecho individual a tener determinadas ideas, creencias o convicciones; libertad que necesariamente ha de comprender el derecho a que estas sean expresadas<sup>21</sup>.

24. No hemos de olvidar que la CE surge en un contexto histórico, social, político, cultural que, si bien sigue teniendo similitudes con el actual, presenta a día de hoy nuevas manifestaciones dignas de protección. Hemos así de tomar la noción amplia de “creencias” que permite comprender en su contenido, evidentemente la libertad religiosa, pero que ha de dar también cabida a “cualquier concepción del mundo independiente de su relación con una religión determinada”<sup>22</sup>.

25. Por su parte, el artículo 20.1 a) C.E. reconoce y protege el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio

<sup>18</sup> C. DÍAZ, *Manual de la Historia ...*, op.cit., p.148 y 190; T. GUARDANS, *Una historia de las religiones*, Ediciones Octaedro, 2013, p.132

<sup>19</sup> M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las causas de discriminación...”, op.cit., pp.56-57

<sup>20</sup> M<sup>a</sup>. T. ARECES PIÑOL, “Las fronteras entre la libertad religiosa y la libertad ideológica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 10, 1994, p.38

<sup>21</sup> R. PERALTA MARTÍNEZ, “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 16, 2012, p.252

<sup>22</sup> M<sup>a</sup>. T. ARECES PIÑOL, “Las fronteras entre la libertad religiosa...”, op.cit. p.39

de reproducción”. Precepto que se entiende puede constituir una manifestación externa de la libertad ideológica cuando esta se proyecta externamente a través de dichos pensamientos, ideas y opiniones, por lo que en un mismo acto se entienden se ejercitan simultáneamente dos libertades<sup>23</sup>.

**26.** Pero a las anteriores libertades, debemos añadir una libertad, en la que la materia de nuestro análisis (el llamado veganismo ético), puede encontrar una importante repercusión, y principalmente en el ámbito que nos interesa cuál es el de la relación laboral. Nos estamos refiriendo a la libertad de conciencia y que, si bien aparece expresamente reconocida en el artículo 30.1 C.E. en el ámbito militar, no hemos de olvidar que son otros los ámbitos en los que ella ha tenido incidencia y en la que, podría debatirse si podrán ampararse “creencias” como el veganismo ético o similares.

**27.** A tenor de lo señalado por el TC, la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 CE. Cuestión diferente y respecto de la que el TC en sus pronunciamientos no se ha mantenido unánime. A este respecto, la cuestión a dirimir es si dicho derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación ad hoc<sup>24</sup>. El TC ha manifestado en sus pronunciamientos ambas interpretaciones, por un lado, admitiendo que la libertad de conciencia forma parte de la libertad ideológica del artículo 16 CE y como tal libertad puede ser ejercida<sup>25</sup>, y, por otro, entendiendo que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE “no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”<sup>26</sup>. A este respecto puede traerse a colación, en la cuestión que nos atañe, la jurisprudencia constitucional que entiende que “la invocación de estos derechos o libertades no puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”<sup>27</sup>. Tal y como señala la doctrina, la libertad ideológica o religiosa implica la exigencia mutua de neutralidad en el contrato de trabajo, sin que pueda, en principio, reconocerse un “derecho de resistencia” del trabajador, dada la base consensual que sustenta la relación laboral<sup>28</sup>. Dichas argumentaciones son, a nuestro juicio, extrapolables a las “creencias” del trabajador desde el momento en que hemos entendido estas reconocidas en el ámbito de la libertad de pensamiento y, por ende, comprensivas del veganismo ético si se admite su consideración como creencia. De ahí pues que, en apartados posteriores, se analice las posibles consecuencias de la concurrencia de intereses contrapuestos entre trabajador y empresario ante creencias de esta índole seguidas por aquel.

**28.** Según lo señalado, parece no haber duda sobre la inclusión de “las creencias” dentro de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 CE, y, desde nuestro punto de vista, desgajado de la religión; sin perjuicio de que sea necesario recurrir a esta en su necesaria delimitación con aquella, fundamentalmente, como veremos, en lo que concierne a la necesidad de separar libertad religiosa, ideológica y de pensamiento. Para dirimir esta cuestión nuestro posicionamiento está con aquella doctrina que concibe la libertad de pensamiento como derecho matriz que aglutina la libertad religiosa, la libertad ideológica y de culto<sup>29</sup>, y, entre cuyas manifestaciones, se encuentra la libertad de opinión, de creencias,

<sup>23</sup> G. ROLLNERT LIERN, “Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990), Revista de estudios Políticos (Nueva época), nº 99, 1998, p. 242

<sup>24</sup> STC de 25 de junio de 2015 (RTC 145/2015)

<sup>25</sup> STC de 11 de abril de 1985 (RTC 53/1985); STC de 25 de junio de 2015 (RTC 145/2015). No obstante, en esta última sentencia debe destacarse el Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita al traer a colación la STC de 27 de octubre de 1987 (RTC 160/1987) señalando, en sentido contrario a la premisa de la sentencia, que “el derecho a la libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) no es por sí «suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o ‘subconstitucionales’ por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos».

<sup>26</sup> STC de 28 de noviembre de 1994 (RTC 321/1994)

<sup>27</sup> STC de 13 de febrero de 1985 (RTC 19/1985)

<sup>28</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, Relaciones Laborales, nº 2, 2003, p.61

<sup>29</sup> *Vid. in extenso* J. ROSELL, “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, nº 15, 1999, pp.95-96

ideológica y de conciencia<sup>30</sup>. Es así la libertad de pensamiento, una de las libertades más complejas y que puede ser definida, siguiendo a Beneyto, como aquella que “tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida y que, por tanto, abarca el ámbito filosófico, cultural, político, científico etc...”<sup>31</sup>.

**29.** En dicha línea hemos de decir que se enmarca el TC, al reconocer la libertad de creencias como libertad reconocida en el artículo 16 CE, admitiendo su no vinculación con la religión, al señalar la posible naturaleza religiosa o secular de dichas creencias<sup>32</sup>; siendo el objeto principal del artículo 16.2., “las creencias íntimas sobre los hechos sobrenaturales y el último destino del ser humano”, teniendo por finalidad “garantizar la libertad de convicción que los individuos profesan, sean religiosas, filosóficas e incluso socio-políticas”<sup>33</sup>.

**30.** Llegado este punto, hemos de reseñar que no es objetivo del presente estudio desentrañar los entresijos que pudieran suscitarse entre la libertad ideológica, religiosa y de pensamiento, y de su vinculación con las “creencias”. Las aportaciones sobre las mismas realizadas no son sino un punto de partida que hemos entendido necesario para acometer las consecuencias que su existencia e injerencia pudiera tener en un ámbito como el de la relación laboral, lo que constituirá el núcleo esencial de nuestro estudio. No obstante, entendemos que este análisis requerirá, en no pocas ocasiones, una remisión a las líneas generales que preceden pues dicha confluencia es necesaria desde el momento en el que, como se ha señalado por el TC en reiterada jurisprudencia, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano<sup>34</sup>, es decir, el contrato de trabajo no puede utilizarse como instrumento que ampare legítimamente recortar el ejercicio de tales derechos, pues el trabajador no pierde su condición de ciudadano por incorporarse al ámbito de una organización privada, lo que no es óbice para que esto exija, en determinados casos, modular dichos derechos, si ello pudiera resultar imprescindible para el correcto desarrollo de la actividad productiva<sup>35</sup>.

## **B) Las “creencias” como causa de discriminación en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978**

**31.** Si como hemos entendido, el veganismo ético podría ser enmarcado dentro bien de la libertad ideológica o, en su caso, de pensamiento, dada la amplia consideración posible del contenido de las mismas, y ello, sin perjuicio de su posible relación con la libertad religiosa si el mismo aparece como valor superior de algunas de las religiones profesadas (hinduismo, budismo o jainismo, entre otras), es necesario detener nuestro análisis en el otro precepto constitucional que hemos entendido esencial para apreciar la posible protección de dicha creencia frente a discriminación alguna. A saber, el artículo 14 de dicha norma constitucional.

**32.** De las distintas causas posibles de discriminación enunciadas en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), será necesario dirimir la posible inclusión del veganismo ético, bien en su consideración como “opinión” o bien en la cláusula final de carácter general, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En principio, la amplitud de esta última parece ofrecer solución más factible que la ofrecida por la *Equa-*

<sup>30</sup> J. M. SERRANO ALBERCA, “Artículo 16 (1 y 2)”, en F. GARRIDO FALLA (Coord.), Comentarios a la Constitución, 2.ª ed. ampliada, 1985, p. 284

<sup>31</sup> J.M. BENEYTO PÉREZ, “Artículo 16”, en O. ALZAGA (Coord.), Comentarios a la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid, 1996, citado por J. ROSELL, “El concepto y contenido...”, op.cit., p. 96

<sup>32</sup> Entre otras, STC de 11 de abril de 1985 (RTC 53/1985); STC de 29 de mayo de 2000 (RTC 141/2000)

<sup>33</sup> STC de 18 de octubre de 1993 (RTC 292/1993)

<sup>34</sup> STC de 19 de junio de 1985 (RTC 88/1985)

<sup>35</sup> STC de 11 de abril de 1994 (RTC 99 /1994)

*lity Act 2010* británica, la cual contiene una lista cerrada al respecto. Ese carácter amplio permitiría pues dar cabida al veganismo como condición personal intrínseca al trabajador que profesa dicha filosofía de vida. Ahora bien, creemos que es necesario analizar dicha afirmación a la vista de la doctrina constitucionalista, la cual ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto ante condiciones o circunstancias concurrentes en un sujeto, que pueden entenderse tangenciales a la que nos ocupa.

**33.** En lo que concierne a la “opinión” como causa de discriminación, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse principalmente respecto de la discriminación por motivos políticos como consecuencia de la afiliación a un determinado partido político<sup>36</sup>. Respecto de “circunstancias personales o sociales”, las relacionadas con el ejercicio de la libertad sindical (por estar afiliado a un determinado sindicato)<sup>37</sup>, por haber contraído matrimonio civil (en su conexión con el ejercicio de la libertad ideológica y la libertad religiosa)<sup>38</sup> o por circunstancias familiares (relacionadas con la responsabilidad parental en la asistencia a hijos menores de edad)<sup>39</sup>.

**34.** Igualmente, hemos de señalar que, aun cuando el artículo 14 CE no enuncia la “creencia” de manera expresa, no puede rechazarse de pleno la inclusión de la misma como causa posible de discriminación al amparo de dicho artículo, máxime dado el carácter general de la cláusula final del precepto constitucional. El propio TC hace alusión en sus pronunciamientos a las propias “convicciones” en conexión a la libertad religiosa del artículo 16 cuando, junto a la dimensión interna de la misma, reconoce una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos a “actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Incluso, el propio TC ha reconocido expresamente la “libertad de creencias” garantizada por el artículo 16.1 C.E. consistente “en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas”; facultad constitucional que, según señala, tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico<sup>40</sup>.

**35.** A este respecto, la doctrina ha puesto de relieve que la Constitución española no proporciona una mayor o menor relevancia a las creencias religiosas respecto de cualquier otro tipo, como las ideológicas o filosóficas, por lo que todas ellas deben ser igualmente respetables<sup>41</sup>. La libertad ideológica es una libertad fundamental de la persona cuyo objeto son las ideas y creencias personales y que, deslindada de la libertad religiosa, supone la libertad de creencias entre cuyos aspectos principales del reconocimiento constitucional esta la no discriminación por razón de las mismas<sup>42</sup>.

**36.** Así pues, a la vista de lo expuesto, las “creencias”, bien por tener la consideración de opinión cuando aquellas son objeto de manifestación externa, o por su inclusión como “otra circunstancia personal”, no cabe duda de su posible apreciación como causa de discriminación. Lo que lleva, por ende, admitido ese veganismo ético como creencia, a la posibilidad de apreciar esta como posible causa de discriminación en el ámbito de la relación laboral. No obstante, sin que podamos obviar que ello lleve intrínseco la necesidad de cumplir con los requisitos que la apreciación de esta exige, bien por ser causa de discriminación directa o indirecta.

<sup>36</sup> STC de 17 de marzo de 2003 (RCT 49/2003); STC de 1 de marzo de 1993 (RCT 63/1993)

<sup>37</sup> STC de 31 de marzo de 1998 (RCT 74/1998)

<sup>38</sup> STC de 14 de abril de 2011 (RCT 51/2011)

<sup>39</sup> STC de 14 de marzo de 2011 (RCT 26/2011)

<sup>40</sup> STC de 29 de mayo de 2000 (RTC 141/2000)

<sup>41</sup> A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Regulación del uso del velo islámico en el trabajo”, Trabajo y Derecho, Monográfico 7/2018, nº 7, 2018, p.8/24

<sup>42</sup> R. PERALTA MARTÍNEZ, “Libertad ideológica y ...”, op.cit., p.256

## 2. Las “creencias” en el ordenamiento jurídico laboral español

37. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>43</sup> supuso un importante avance en cuanto a la protección de las convicciones del trabajador en el seno de la relación laboral, al acometer la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, anteriormente mencionadas. El capítulo III de su Título II, bajo la rúbrica “medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, transpone el contenido de dichas Directivas comunitarias, incorporando las convicciones, primero, dentro del principio de igualdad de trato y no discriminación; segundo, como causa posible de discriminación directa o indirecta; tercera, como posible causa de acoso; cuarto, contemplando la posibilidad de adoptar medidas positivas y, quinto, previendo la inversión de la carga de la prueba. Ello, sin perjuicio de las modificaciones legales que, como consecuencia de dicha transposición, fue necesario introducir en las principales normas que integran nuestro ordenamiento Jurídico laboral (TRET, TRLISOS o en la entonces LPL hoy LRJS). Si bien, debe señalarse que las diferentes menciones que en dicha Ley se hacen a las “convicciones” se hacen vinculadas a la religión, al señalar “religión o convicciones”, en todos aquellos casos en los que se hace mención a estas últimas. Sin embargo, a nuestro juicio, ello no empuja a entender estas con independencia de aquella sin que sea necesaria, como ya anteriormente se ha defendido, una visión de las creencias única y exclusivamente desde una perspectiva religiosa.

38. Por lo que al TRET<sup>44</sup> concierne, este no contiene mención expresa respecto de las creencias del trabajador más allá de su inclusión como posible causa de discriminación pero no siendo reconocidas como derecho al mismo inherente, sin perjuicio de la conexión que se pueda establecer entre aquellas y los derechos y obligaciones que con carácter general se reconocen en dicho texto normativo. Y que, como ha sucedido en otros ámbitos, han sido los prodigados respecto de los derechos fundamentales del trabajador; en concreto, la dignidad de la persona, la igualdad y no discriminación o la libertad religiosa, ideológica o de pensamiento. Así, baste recordar que el artículo 4.2 de dicha disposición reconoce el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de sus convicciones; reconociéndose, asimismo, el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por dicha razón. Por su parte, el artículo 17.1 TRET dispone la nulidad e ineficacia de aquellos pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de religión o convicciones.

39. En cuanto a la posible exigencia de responsabilidad administrativa en el orden social, el artículo 8.12 y 13 bis TRLISOS<sup>45</sup> tipifica, como infracciones administrativas muy graves en materia de relaciones laborales, dichas decisiones unilaterales del empresario así como el acoso por dichas convicciones cuando este se produjera dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo y siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo. Debiendo tener en cuenta que el artículo 148 LRJS prevé el inicio de procedimiento de oficio como consecuencia de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de convicciones, en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.

40. En materia de empleo, el artículo 16 1 b) TRLISOS tipifica como infracción muy grave, la conducta consistente en solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer

<sup>43</sup> BOE de 31 de diciembre de 2003

<sup>44</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 (BOE de 24 de octubre de 2015)

<sup>45</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (BOE de 8 de agosto de 2000)

condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por las convicciones. Menciona esta que debe completarse con lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Empleo<sup>46</sup>, respecto de las agencias de colocación, al señalar en su apartado 4 f) que es obligación de dichas agencias, entre otras, garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en convicciones, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

41. Por último, mencionar que la LRJS<sup>47</sup> recoge en su artículo 96.1., la inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de convicciones, correspondiendo al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

## V. El veganismo ético como “creencia” en el seno de la relación laboral

42. Tal y como se ha señalado en las líneas precedentes, nada obsta a que un trabajador contemple como “creencia” propia el veganismo ético y lo intrínseco a este y que, en base a ello, rija su propio pensamiento, comportamiento, actitudes, opiniones etc... Únicamente cuando ello pudiera tener una repercusión negativa en el seno de la relación laboral es cuando han de ponerse en marcha los mecanismos arbitrados por nuestro ordenamiento jurídico laboral que permitan deslindar la cuestión controvertida que se pudiera plantear. Dilucidar la prevalencia como derecho u obligación es fundamental en la situación planteada pues los posibles efectos y consecuencias en el seno de la relación laboral a la luz de ello, también serán muy diferentes. Así, se puede estar en presencia de un incumplimiento por parte del trabajador y, por ende, el empresario puede ejercer su poder disciplinario; o, respetándose como derecho fundamental del trabajador, dirimir la posible modulación del mismo en el seno de la relación laboral, contemplándose la posibilidad de aplicar soluciones ya arbitradas en nuestro ordenamiento respecto de cuestiones similares, principalmente inherentes a la libertad religiosa.

43. La aplicabilidad en el seno de las empresas de las “creencias”, concretamente del veganismo ético, estará principalmente relacionado no tanto con la ideología de dichas empresas sino con las actividades productivas en ellas realizadas, productos utilizados, servicios prestados etc... Así, ya se ha puesto de relieve por la doctrina británica, como consecuencia del asunto *Casamitjana*, las posibles implicaciones que en las organizaciones empresariales puede tener dicha apreciación. Implicaciones materializadas, en algunos casos, en obligaciones directas para el empresario ajenas a la prestación laboral en sentido estricto (se habla así de la necesidad, si fuera el caso, de proceder a la inclusión de alimentos veganos en los menús de las cafeterías o restaurantes del lugar de trabajo, o la inclusión de aperitivos que respondan a dichas características durante las reuniones que pudieran celebrarse en las oficinas). O bien, otras directamente relacionadas con la prestación laboral, tales como las referentes a las propias características de la ropa en aquellos casos en los que es obligatorio cumplir los requisitos de uniformidad exigidos por la empresa o bien determinadas tareas encomendadas al trabajador que pudieran suponer una confrontación con tales creencias, ¿podría negarse el vegano ético, por ejemplo, en un supermercado, a pasar por caja productos cárnicos, pescado o cualesquiera otros que entiendan son contrarios a sus “creencias”?<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE de 24 de octubre de 2015)

<sup>47</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción de lo social (BOE de 11 de octubre de 2011)

<sup>48</sup> J. CARBY-HULL, “Ethical Veganism is Deemed a “Protected Characteristic” in British Discrimination Law.- An Analysis”, *Revue du droit du travail compare et de la securite social*, N° 2020/4, p.214 ss

44. La primera perspectiva que creemos puede ayudarnos a dirimir los posibles conflictos que se planteen en el seno de la empresa es la de diferenciar las propias características de la actividad empresarial. Sin perjuicio de que el veganismo pudiera originar en el seno de cualquier empresa, sea cual sea la actividad productiva que constituya el núcleo esencial de la misma, situaciones discriminatorias o que vulneren otros derechos fundamentales de los trabajadores, la idiosincrasia de dicha “creencia” hace que detengamos nuestro análisis en aquellas actividades en las que la confrontación trabajador-empresario puede resultar más palmaria. Con ello queremos decir que, es evidente, que en ciertas actividades empresariales (por ejemplo, de índole tecnológica, administrativa, financiera etc...), el respeto para con esta “creencia” no será, en principio, diferente de la que pudiera plantearse respecto de cualquier otra e incluso, quizás, pormenorizada, pues sus efectos serían casi nulos en lo que a su incidencia sobre la prestación de trabajo se refiere. Ello a diferencia, por ejemplo, de lo que puede ocurrir en otras actividades en las que el valor superior de dicha creencia (la no injerencia de daño a cualquier ser vivo) puede entenderse vulnerada por la que constituya la actividad productiva de la empresa. Nos referimos principalmente al sector de la hostelería, restauración, alimentación, textil, farmacéutico etc... o cualesquiera otras en las que exista una relación directa con el valor superior señalado. Sin perjuicio de que, como consecuencia de dicha creencia, fuera posible un acto discriminatorio o represalia por parte del empresario, hecho que podría verse materializado en el seno de la empresa sea cual sea la actividad productiva a la que esta se dedique.

45. Esa dualidad que hemos atisbado respecto de la actividad principal de la empresa en la que presta sus servicios el trabajador adscrito al veganismo ético, nos permitirá centrar nuestro estudio jurídico laboral. Como se ha indicado, sin perjuicio de que la “creencia” por sí misma constituya un posible motivo de discriminación o represalia, puede suceder que en el ámbito de la tipología de las segundas empresas mencionadas puedan originarse posibles retenciones del trabajador al cumplimiento de ciertas obligaciones inherentes a su prestación efectiva de servicios, al entender que estas pueden vulnerar los principios básicos que sustentan sus creencias. He así, a modo de ejemplo, la utilización de vestuario que contraviniera aquellas o ciertas tareas directamente relacionadas con su visión respecto de los animales tales como su negativa a comercializar determinados productos, a seguir las directrices establecidas respecto del cuidado de animales y cuantas otras pudiéramos entender guardan una relación directa con los principios inspiradores del veganismo.

46. A nuestro juicio pues dos son las grandes materias que hemos de analizar. La primera, relacionada con la posible confrontación de intereses entre trabajador y empresario y segundo, las posibles soluciones a ofrecer a fin de salvar dicha confrontación y sustituir la misma por una armonización o equilibrio de intereses.

## 1. Falta disciplinaria versus derecho fundamental

47. El veganismo ético del trabajador puede provocar una colisión de intereses entre sus obligaciones contractuales y las “creencias” al mismo inherentes (como ya ha venido ocurriendo en cuestiones relacionadas con las creencias religiosas, caso del velo islámico o de otra simbología religiosa). Tomando como referencia la definición que de veganismo ético hemos señalado<sup>49</sup>, resulta de interés centrar este análisis en aquellas empresas en las que existe una relación directa o indirecta con las ideas que sustentan esta creencia. Así, por ejemplo, una posible explotación y crueldad hacia los animales en actividades relacionadas con la alimentación (algunas cadenas de comida rápida, restaurantes o establecimientos de venta al público), el sector textil (fabricación o venta de artículos de piel), farmacéutico o cosmético (productos testados en animales) o cualquier actividad de índole similar a las señaladas, sin perjuicio de cualesquiera otras en las que dicha relación se produjera indirectamente ( por ejemplo, el asunto de partida de nuestro análisis en el que es el destino de las inversiones en las que se sustentan los

<sup>49</sup> Vid. Nota 4.

planes de pensiones de los trabajadores las que ocasionan el conflicto). Dicha colisión de intereses puede derivar así pues en determinados incumplimientos contractuales respecto de los que puede materializarse el ejercicio del poder disciplinario del empresario. De conformidad con lo previsto en el artículo 58 TRET, este tiene la facultad de sancionar incumplimientos laborales de sus trabajadores, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

**48.** Bien es sabido, la parca regulación que en esta materia prevé el TRET, el cual nada señala más allá de lo establecido en el artículo 54 respecto de incumplimientos laborales graves y culpables del trabajador, como causas justificativas del despido disciplinario. De ahí pues que haya sido necesario recurrir a la regulación convencional de la materia, seleccionándose tales convenios por su conexión directa o indirecta con algunas de las actividades mencionadas.

**49.** En la mayoría de los Convenios colectivos analizados no se contempla lo que podríamos llamar “objeción de conciencia”, respecto de la posible dispensación de ciertas tareas que pudieran suponer un choque con las creencias del trabajador. Únicamente, podríamos hacer mención a la inclusión en algunos convenios colectivos como falta disciplinaria muy grave de determinadas conductas que supongan una inobservancia por acción u omisión del bienestar animal, si bien hay que señalar que ello queda justificado por la propia índole del ámbito de aplicación de dicho Convenio, empresas que realicen actividades de asistencia a los animales en Centros y Servicios Sanitarios Veterinarios o fuera de ellos<sup>50</sup>.

**50.** Así pues, a la vista de lo señalado, determinadas conductas en los sectores mencionados, tales como, la reticencia al cumplimiento de algunas obligaciones propias del puesto en establecimientos de comida rápida como el no dispensar ciertos tipos de alimentos; o en el sector farmacéutico, negarse a colaborar en testar productos en animales o negarse a expender productos de tales características en cualesquiera establecimientos que los comercialicen o negarse a utilizar las prendas del uniforme, al entender que no cumplen los estándares que sus creencias pudieran exigir etc... podrían ser entendidas como un incumplimiento de las órdenes o instrucciones del empresario o fraude o deslealtad en las gestiones encomendadas<sup>51</sup>.

**51.** En lo que concierne a la uniformidad, poca es la flexibilidad ofrecida al respecto en los Convenios Colectivos analizados, tipificándose mayoritariamente como falta disciplinaria, el incumplimiento de la uniformidad o su uso inadecuado<sup>52</sup>. No obstante, ciertas cláusulas pueden ofrecer una visión aperturista que permite ajustar la misma a las creencias del propio trabajador; evi-

---

<sup>50</sup> Artículo 9.8 del Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (Resolución de 3 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 14 de agosto)

<sup>51</sup> Téngase en cuenta, a estos efectos, los artículos 39 y 40 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, BOE de 21 de mayo, prorrogado por Resolución de 11 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo), en los que se tipifican dichas conductas como falta grave y muy grave respectivamente. Acuerdo este al que, gran parte de los Convenios analizados en el sector de la hostelería, remiten en cuanto a su régimen disciplinario: a modo de ejemplo, Convenio colectivo de Beer&Food (Resolución de 13 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 25 de junio); Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU (Resolución de 14 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, BOE de 3 de julio); Convenio colectivo de KFC Restaurants Spain, SL (Resolución de 27 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, BOE de 6 de junio) o el II Convenio colectivo del Grupo de empresas Pans & Company/Eat Out (Resolución de 22 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 19 de noviembre). En el mismo sentido, el artículo 45 apartados 4 y 5 del Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL (Resolución de 10 de junio de 2020, de la Dirección general de Trabajo, BOE de 19 de junio); punto 1.3.7 del anexo III del Convenio colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Resolución de 9 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 19 de febrero); artículos 80.5, 81.5 y 82.6 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 16 de julio).

<sup>52</sup> A modo de ejemplo, artículo 53.2.11 Convenio colectivo de Beer&Food que tipifica como falta grave la inobservancia durante el servicio de la uniformidad o ropa de trabajo exigida por la empresa; o los artículos 38 y 39 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, que tipifican respectivamente como falta grave y muy grave, llevar la uniformidad o ropa de trabajo exigida por la empresa de forma descuidada o su inobservancia durante el servicio.

dentamente no porque se haga mención expresa a ellas sino por la posible interpretación extensiva de las mismas al supuesto objeto de nuestro estudio. Así, algunos de ellos hacen mención a determinadas prendas que podrán ser aportadas por el propio trabajador cumpliendo con unas características similares, hecho que permite cierta opción a la hora de elección del origen de la prenda por parte del trabajador<sup>53</sup>; otros reconocen para aquellos trabajadores que no requieran ropa laboral, un plus destinado a la adquisición de prendas, previendo asimismo consensuar con los representantes de los trabajadores, la decisión de la ropa a comprar, previsión esta que, si bien la hace el Convenio referida a tener en cuenta en dicha adquisición la comodidad para el trabajador y la temperatura en cada momento del año a la que están sometidos<sup>54</sup>, no obsta a que pueda tomarse de referencia respecto del cumplimiento de exigencias como las señaladas respecto del veganismo ético. .

**52.** Ciertamente, la solución menos complicada ante la posible materialización de conductas como las ejemplificadas sería entender que un sujeto convencido en dichas creencias veganas se abstendría de acceder a un puesto de trabajo de características tales y, por tanto, opuestas a sus creencias. Pero no es este nuestro punto de partida sino otro bien distinto, cual es contemplar la posibilidad de adaptación de las empresas a estas creencias cada vez más asentadas en la realidad social contemporánea, es decir, conseguir un equilibrio entre creencias como el veganismo y el desarrollo de la prestación profesional en alguna de tales empresas, salvando aquellos obstáculos que pudieran existir en aras de garantizar, como ya se ha hecho en otros ámbitos como el religioso, los intereses del empresario y los derechos del trabajador.

## **2. Las posibles respuestas a la inclusión del veganismo ético en la relación laboral**

**53.** La aparición de nuevas realidades como el veganismo ético, entendiendo el reconocimiento del mismo como creencia y, por ende, su conexión con el derecho fundamental a la libertad ideológica, hace que sea necesario plantear los distintos escenarios con los que ofrecer respuesta a su injerencia o presencia en el ámbito de la relación laboral. Escenarios que, ya planteados en otros supuestos y respecto de los que se han ofrecido respuestas, pueden ser referentes en lo que concierne a esta nueva realidad. Es necesario considerar algunas de las figuras ya puestas de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia, a fin de comprender su posible aplicabilidad o no a la exención del cumplimiento de determinadas tareas por parte del trabajador, amparadas en su libertad de creencias. Con el fin de dar respuesta a la exigencia de equilibrio debe tenerse en cuenta la aplicabilidad de la denominada “modalización” de los derechos fundamentales así como conceptos tales como la calificación ocupacional de buena fe, el ajuste razonable, la cláusula de conciencia, las empresas de tendencia y las tareas neutras o de tendencia, entre otras. Sin olvidar el papel fundamental a cumplir por los convenios colectivos como fuente primordial del Derecho del Trabajo.

### **A) La “modalización” de los derechos fundamentales**

**54.** El TC ha insistido en que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Las organizaciones empresariales no forman mundos separados ni compartimentos estancos en la sociedad, ni la libertad de empresa que consagra el artículo 38 CE puede legitimar que los trabajadores deban soportar “despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades

---

<sup>53</sup> Artículo 14 CC de Beer&Food: “...En aquellos casos en los que, a tenor de los protocolos de vestuario de las marcas se pueda trabajar con vaqueros o «jeans» azules propios de los empleados o empleadas, éste será aportado por los mismos”; artículo 35 del CC de Burger King Spain, SLU: “No se considera uniforme aquellas prendas que sean de uso general y se entiendan como forma correcta de vestir común exigible”.

<sup>54</sup> Artículo 28 del CC de Centro Farmacéutico

públicas”<sup>55</sup>. No obstante, se señala asimismo por el Alto Tribunal que ello no ha de suponer que los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador constituyan un factor que permita alterar el entramado de derechos y obligaciones que dimanen de la relación laboral, es decir, los derechos fundamentales no se pueden erigir en sí mismos como ilimitadas cláusulas de excepción que pudieran justificar un incumplimiento de los deberes laborales que corresponden al trabajador<sup>56</sup>. A tal efecto, la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva<sup>57</sup>.

**55.** En el caso que nos ocupa, pensemos, por ejemplo, en que un trabajador declara, en el desempeño de su actividad profesional, el carácter nocivo o perjudicial, eso sí desde sus convicciones o creencias, de determinados productos elaborados o comercializados por la empresa. ¿Quedan dichas manifestaciones amparadas por la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución o podrían englobarse en alguna de las faltas disciplinarias que se han señalado en apartados anteriores? A este respecto, y por lo que concierne al derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 CE, el TC ha declarado que el mismo tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones; conceptos en los que deben verse incluidos las creencias y juicios de valor<sup>58</sup>. Ahora bien, no debe olvidarse que la existencia de la relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona dicho ejercicio, de modo que manifestaciones del trabajador que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de la relación laboral<sup>59</sup>. Tengamos en cuenta que, en el ámbito de la relación laboral, el principio de buena fe ha de inspirar la misma; ello significa que deben rechazarse aquellas actuaciones del trabajador dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador, es decir, conductas fraudulentas, desleales o realizadas con abuso de confianza<sup>60</sup>. Pero, igualmente, el TC ha reconocido que este deber no se erige en un genérico deber de lealtad, entendido como omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial<sup>61</sup>. Igual planteamiento al señalado podríamos hacer respecto del incumplimiento de ciertas tareas asignadas, tales como decíamos, pueden ser la expedición o venta de determinados productos. ¿Estarían amparados dichos incumplimientos por la libertad de creencias y dicha conducta no podría ser entendida como una falta disciplinaria de desobediencia o incumplimiento de instrucciones?

**56.** A la vista de lo señalado, debe entenderse que conductas como las descritas no pueden ser amparadas ni por la libertad de expresión ni por la libertad de creencias. Como señala la doctrina, la libertad de creencias no puede ser alegada por el trabajador para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones laborales cuando estas resulta que han sido voluntariamente asumidas; dicha libertad, como manifestación entendemos que de la libertad ideológica, implica, como ya se ha dicho, “una exigencia de mutua neutralidad en el contrato de trabajo”, no reconociéndose el derecho de resistencia del trabajador al cumplimiento de determinadas obligaciones inherentes a la relación contractual<sup>62</sup>.

**57.** Ahora bien, no obstante lo señalado, creemos que ello no impide encontrar respuestas que permitan equilibrar ese respeto a las creencias del trabajador y la libertad de empresa del empresario. Ha de analizarse la posibilidad de minimizar los conflictos que pudieran surgir y ello, como indica la doctrina, mediante un “delicado proceso de adaptación”. Es necesario tener en consideración una mayor sensibilidad hacia la protección de estos nuevos derechos emergentes<sup>63</sup>. Cuestión esta que, si bien ya

<sup>55</sup> Por todas, STC 19 julio 1985 (RTC 88/1985)

<sup>56</sup> STC 17 julio 1989 (RTC 129/1989)

<sup>57</sup> STC 30 julio 2003 (RTC 126/2003)

<sup>58</sup> STC 21 enero 1988 (RTC 6/1988)

<sup>59</sup> STC 21 enero 1988 (RTC 6/1988)

<sup>60</sup> STC 15 diciembre 1983 (RTC 120/1983)

<sup>61</sup> STC 15 diciembre 1983 (RTC 120/1983)

<sup>62</sup> M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Libertad ideológica...”, op.cit., p. 61

<sup>63</sup> M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Libertad ideológica...”, op.cit., pp.55 y 57

se ha propugnado en otros ámbitos, creemos que han de abarcar las nuevas realidades dimanantes de la sociedad, concretamente en el caso estudiado, esas creencias en torno a lo que se conoce como veganismo ético.

## B) Empresas de tendencia, tareas de tendencia y trabajador “portador de tendencia”

58. Respecto de las identificadas como “empresas de tendencia”, sin olvidar la compleja delimitación conceptual de las mismas, una breve referencia como punto de partida. Una concepción amplia de las mismas ha llevado a considerar como tales aquellas que van dirigidas al logro de fines artísticos y similares y que presuponen la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo, genéricamente llamada “tendencia”. Concepción frente a la que una delimitación restrictiva de las mismas ha sido la conducente a considerar como tales las empresas creadoras o sustentadoras de una ideología, entre estas, los partidos políticos, sindicatos y confesiones religiosas<sup>64</sup>. La cuestión a dilucidar pasa por tratar de apreciar si, en este concepto acuñado tiempo atrás y en base a actividades concretas y hasta ahora definidas, podrían tener cabida nuevas creencias incluidas en la libertad ideológica como es el caso del veganismo ético. La respuesta, desde nuestro punto de vista, ha de ser positiva. Ya la doctrina enunciaba entre las mismas y junto a aquellas, las empresas “filosóficas”<sup>65</sup>, señalándose asimismo cómo priorizar el elemento pluralista supondría poder ampliar el abanico de esa concepción restrictiva de las empresas de tendencia<sup>66</sup>, teniendo pues en cuenta que el fundamento de estas empresas debe encontrarse en la diversidad de grupos que componen la sociedad<sup>67</sup>.

59. Desde la estricta concepción señalada, creemos que encajaría como empresa de tendencia una empresa de características similares a aquella en la que prestaba sus servicios el Sr. Casamitjana, recordemos, la “Liga contra deportes crueles”, organización benéfica para el bienestar animal, caracterizada por su campaña contra los deportes recreativos que dispensan un trato cruento a los animales. Hecho que permitiría afirmar que, como tal, la empresa no va a resultar neutral a determinados aspectos sino todo lo contrario, su propia actividad implicaría una de las características que se ha propugnado respecto de estas empresas de tendencia, el hecho de que su propia actividad implica la defensa de determinados postulados<sup>68</sup>. En sentido similar, pero con postulados enfrentados a los señalados, empresas, por ejemplo, relacionadas con el mundo de la tauromaquia o la elaboración de artículos de piel, por citar algunos de los ejemplos en los que el bienestar animal propugnado por el veganismo ético podría encontrar un choque frontal con sus principios inspiradores.

60. Sería pues necesario traer aquí, a colación de lo indicado, todas las cuestiones que ya la doctrina ha puesto de manifiesto respecto de las empresas de tendencia, debiendo entender que, entrando en colisión los derechos del trabajador y del empresario, no debe sacrificarse uno en beneficio de otro sino salvar la mayor parte del contenido de ambos en aras de que sea posible su armonización<sup>69</sup>.

61. Se requiere así recurrir a determinados instrumentos organizativos que permitan el logro de esa armonización. En aras de garantizar esta creemos que juegan un papel relevante conceptos como los

---

<sup>64</sup> A.L. DE VAL DE TENA, “Las empresas de tendencia ante el derecho del Trabajo: Libertad ideológica y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 1994, p. 179. En sentido similar, J. CALVO GALLEGGO, *Contrato de Trabajo y Libertad ideológica: Derechos Fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES Colecciones estudios, 1995, pp.126-128

<sup>65</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “El contrato de trabajo en la jurisprudencia constitucional”, *Temas Laborales*, Nº 19/20, p.146

<sup>66</sup> J. CALVO GALLEGGO, *Contrato de Trabajo...*, op.cit., p.128

<sup>67</sup> S. DURO CARRIÓN, “La empresa ideológica: relación laboral y derechos fundamentales”, *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 56, 2020, p.165

<sup>68</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “El contrato de trabajo...”, op.cit. p.146

<sup>69</sup> M<sup>a</sup>.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1985, p.190. En el mismo sentido, A.L. DE VAL DE TENA, “Las empresas de tendencia..”, op.cit., p.189, al señalar que solo la comprensión y armonización entre los derechos del individuo y los de la organización permitirán hacer posible la vida de esta.

siguientes. En primer lugar, las denominadas “tareas de tendencia”, entendidas estas como aquellas vinculadas a una tarea que significa determinación o expresión de las propias ideas de la organización en la que se puede pedir del trabajador que asuma una posición activa, identificándose en sentido estricto con dichas ideas<sup>70</sup>. En el caso que nos ocupa, pensemos en tareas que pueden requerir una publicidad de los beneficios de determinados productos alimentarios, cosméticos, textiles etc... o de la relevancia artística y cultural de ciertas artes (por ejemplo, la tauromaquia). Ello nos llevaría a la diferenciación entre las tareas neutras y las tareas ideológicas o de tendencia, siendo estas últimas referidas a aquel trabajador que la doctrina ha identificado como trabajador “portador de tendencia”<sup>71</sup>.

**62.** Cuestión esta íntimamente conectada con la que se ha denominado “calificación ocupacional de buena fe”, al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 2000/78. En virtud de dicho precepto, no se entenderán discriminatorias aquellas disposiciones que, en organizaciones privadas cuya ética se base en las convicciones de una persona, y por lo que respecta a las actividades profesionales de estas, establezcan una diferencia de trato basada en tales convicciones siempre que la naturaleza de dichas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Encajaría en este presupuesto aquel trabajador “portador de tendencia”, es decir, aquel cuya prestación laboral está al servicio de la divulgación de la ideología de la organización de tendencia y al que corresponde la obligación de promover y defender de manera activa los valores, creencias e ideas de dicha organización<sup>72</sup>. Ahora bien, debe existir un vínculo entre el requisito exigido por el empresario y la actividad en cuestión, requisito profesional que ha de ser esencial, legítimo, justificado y proporcional<sup>73</sup>; habiéndose entendido por la doctrina como finalidad legítima aquella que puede estar relacionada con la imagen pública de la empresa, “trabajo estético” o en la consideración de la preferencia de los clientes<sup>74</sup>.

**63.** Se trataría pues de conocer e identificar, a la vista de las creencias del veganismo ético, qué tareas, en aquellos sectores que hemos identificados como intercurrentes con dichas creencias, podrían tener la consideración de neutras y cuáles de tendencia. Dentro de las primeras, tareas administrativas, contables, informáticas etc...; dentro de las segundas, dependiendo de la actividad productiva, podemos pensar en tareas de publicidad, imagen corporativa o trato con los clientes. Exigiéndose así pues respecto de estas últimas el cumplimiento de concurrencia de requisito profesional, esencial y determinante para el desarrollo de las tareas de que se trate. A nuestro juicio, garantizar el equilibrio entre la libertad de creencias del trabajador y la libertad de empresa del empresario, es decir, la armonización y adaptación propugnada frente a esta nueva realidad requiere una confluencia y una aplicabilidad conjunta de todos los conceptos mencionados. Así pues, ello podría consistir bien en exonerar de determinadas tareas al trabajador cuyas creencias conoce el empresario y que podrían verse vulneradas por la ejecución de aquellas o en una posible adaptación de las mismas. Como señala la doctrina, adaptar la tarea puede ser suficiente al no ser necesario exigir al trabajador que ajuste su comportamiento a un fiel servicio a la empresa sino realizar la misma con la diligencia requerida por la naturaleza de la misma; adaptar la prestación de servicios a las creencias del trabajador, siempre que ello fuera posible, incluso con una eventual modificación contractual, respondería a las exigencias de buena fe que deben presidir la relación trabajador-empresario<sup>75</sup>. Solamente cuando la manifestación de las creencias del trabajador supongan un incorrecto cumplimiento de las tareas desempeñadas podrá el empresario ejercer su poder disciplinario, sin que creamos que ello haya de entenderse como una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de creencias.

<sup>70</sup> M<sup>a</sup>.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Libertad ideológica...”, op.cit., p. 436

<sup>71</sup> F. VALDÉS DAL-RE, “Libertad ideológica y contrato de trabajo. Una aproximación de Derecho comparado”, Relaciones Laborales, n° 2, 2004, p.22-23

<sup>72</sup> F. VALDÉS DAL-RE, “Libertad ideológica y contrato de trabajo...”, op.cit., p.22

<sup>73</sup> M<sup>a</sup>. I. BENAVENTE TORRES, “Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento español”, Trabajo y Derecho, n° 55, 2019, p.19

<sup>74</sup> A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Regulación del uso del velo islámico en el trabajo...”, op.cit., p.12

<sup>75</sup> M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Libertad ideológica...”, op.cit., p. 428

**64.** Ahora bien, lo señalado debe ser extrapolable no solo a los posibles conflictos emergentes en el desarrollo de la prestación profesional, sino en la fase previa de acceso al empleo, como puede ser un proceso de selección. La cuestión entronca con aquellas preguntas que, relacionadas con las creencias profesadas por el trabajador, pueden ser realizadas por el empresario destinadas a conocer si las mismas pueden resultar o no un escollo para la organización empresarial. Dada la actual reticencia e incluso rechazo desde algunos sectores de la sociedad a todas aquellas actividades directa o indirectamente relacionadas con un posible maltrato animal (cuestión esta respecto de la que no es ajena la apreciación subjetiva de cada cual), la posible suspicacia del empresario dispuesto a contratar a un trabajador puede estar justificada desde el momento que puede sentirse amenazado por un posible boicot a dicha actividad empresarial.

**65.** Respecto de la primera cuestión, coincidimos con aquel sector doctrinal que se muestra partidario de que el empresario no pueda efectuar cuestión alguna dirigida a indagar sobre cuál sea el credo religioso del trabajador, lo que habríamos de entender referido a las “creencias” en las que se puede enmarcar el veganismo ético. Ahora bien, diferente sería el planteamiento si las preguntas únicamente tuvieran un estricto interés laboral, en el que fuera determinante conocer dichas creencias para, como decíamos, que las mismas no se manifiesten como un escollo al desempeño de la actividad profesional, lo que creemos que puede adquirir relevancia en las actividades enunciadas como ejemplificativas<sup>76</sup>. ¿Se entendería que vulneraría la libertad de creencias el que una empresa dedicada a la tauromaquia preguntara al entrevistado su afición por los toros?; o ¿en una empresa avícola, cuál es su opinión sobre las técnicas de cría de aves? Evidentemente, entendemos que ello resulta inherente al propio interés empresarial y que el trabajador estaría obligado a dar respuesta a la misma, sin perjuicio de que un posible engaño al respecto, si en un futuro redundara en perjuicio del desempeño de dicha actividad profesional, pudiera ser interpretado como una vulneración del principio de buena fe que debe presidir la relación laboral, lo que engazaría con las consecuencias disciplinarias anteriormente detalladas.

**66.** A nuestro juicio, nada obsta a la posible incorporación por parte del trabajador seguidor del veganismo ético a una empresa cuyas actividades productivas supongan una confrontación con los pilares de dicha creencia. No podemos olvidar que la incorporación del trabajador a dicha realidad empresarial es voluntaria y, por ende, es libre el trabajador de decidir incorporarse o no a la misma. Ahora bien, solo la conducta del mismo en su desempeño profesional será la que pueda conducir a unas u otras consecuencias.

**67.** Por último, cabe hacer mención a la denominada técnica del “ajuste razonable” que, si bien se ha propugnado en el ámbito de la discapacidad y el despido discriminatorio<sup>77</sup>, se ha planteado como posible herramienta que de respuesta al pluralismo cultural que cada vez impera con mayor fuerza, al entender este como una consecuencia del derecho a la igualdad comprendido como derecho de las minorías a mantener sus diferencias en relación con la mayoría, beneficiándose de acomodos y exenciones respecto de normas neutras de carácter general pero que tiene efectos perjudiciales para algún derecho básico de ciertos grupos<sup>78</sup>, en nuestro caso, respecto de quienes profesan el veganismo ético. Así, el ajuste o acomodo razonable podría verse respecto del veganismo ético en la misma línea que se ha propugnado respecto de otros grupos minoritarios, erigiéndose como posible estrategia de armonización intercultural<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> En este sentido, respecto de los distintivos religiosos, M. SALIDO, “Derecho a la propia imagen y convicciones religiosas en el trabajo: distintivos religiosos”, Trabajo y Derecho, nº 62, 2020, p.11

<sup>77</sup> Vid. A este respecto, M<sup>a</sup> I., BENAVENTE TORRES, “Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, Trabajo y Derecho, Nº 55-56, 2029, pp.13-15

<sup>78</sup> E., RUÍZ VIEYTEZ, “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 18, 2009, p. 15

<sup>79</sup> E., RUÍZ VIEYTEZ, “Crítica del acomodo razonable...”, op.cit. p.19

### C) La negociación colectiva ante el veganismo ético

**68.** La parca regulación que de las “creencias” se hace desde un punto de vista legal en el ámbito laboral, no más allá de su relación con una posible actuación discriminatoria, lleva a nuestro entender a hacer necesario una mirada a la fuente convencional. En este sentido se pronuncia el artículo 42 de la Ley 62/2003, al establecer que los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso, entre otras causas, por razón de la religión o convicciones. Así pues, la realidad imperante y el papel que el Convenio Colectivo juega como fuente primordial de la relación laboral habrá de llevar a dar una respuesta a la integración de las creencias como paso previo primordial que, a nuestro juicio, evitará discriminaciones o situaciones de acoso por dicha causa, es decir, hemos de propugnar una visión integradora y preventiva más allá de la reparadora, que parte de un daño ya materializado y que es lo que, desde aquella actuación, se debe de evitar.

**69.** Dado que la creencia en la que nos centramos es la vinculada al veganismo ético creemos que hemos de centrarnos en aquellos ámbitos en los que las injerencias de esta “creencia” pudieran materializarse con mayor intensidad. De ahí que hayan sido dichos sectores los elegidos a fin de conocer si la fuente convencional a ellos aplicables ofrece respuesta alguna a cuestiones que pudieran suscitarse en el ámbito estudiado o, por el contrario, es una cuestión pendiente a la que quizás haya que plantearse dar una respuesta. Convenios pues coincidentes con los mencionados desde la perspectiva del poder disciplinario del empresario (epígrafe V.1)

**70.** A este respecto, cabe destacar que en la mayoría de los Convenios analizados existe una preocupación generalizada por garantizar el derecho de igualdad y no discriminación. La consagración en el tenor literal del Convenio Colectivo de la aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación en su ámbito de aplicación subjetivo constituye un factor de relevancia a la hora de conocer el compromiso de las empresas con el respeto a dicho derecho fundamental. Si bien es cierto que se ha observado una implicación masiva de los convenios analizados con el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación por razón de género<sup>80</sup>, también se incorpora en su articulado “las creencias o convicciones” como circunstancia a proteger frente a una posible discriminación, bien, a través de su conexión con la religión o ideología<sup>81</sup> o, en algunos otros casos, por su mención expresa a las mismas, si bien es cierto que en este último caso algunas de las veces por su conexión con situaciones de acoso<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> A modo de ejemplo, art.54 del Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios en cuyo apartado 1 se señala que “las partes afectadas por este convenio colectivo, y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por ninguna causa”, si bien, pese a dicha declaración de carácter general, el artículo 55 de dicho Convenio, bajo la rúbrica, “medidas de igualdad”, se refiere únicamente a la adopción de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

<sup>81</sup> A modo de ejemplo, artículo 101 del CC. General de trabajo de la industria textil y de la confección en el que, pese a ser rubricado “Igualdad entre mujeres y hombres”, se reconoce el compromiso de las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del convenio en promover la igualdad de trato y oportunidades en el empleo, rechazando cualquier tipo de discriminación, entre otras causas, por la religión; artículo 29 del CC de Sector de Comercio de la Piel de Madrid (Resolución de 11 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, BOCM de 7 de agosto), en el que bajo la rúbrica de, “Norma no discriminatoria”, se reconoce primero, que ninguna cláusula de este Convenio podrá ser interpretada en sentido discriminatorio en las categorías profesionales, condiciones de trabajo o remuneración, entre otras, por las ideas religiosas; segundo, el respeto al principio de igualdad en el trabajo, no admitiéndose discriminaciones por razones de ideología y, tercero, la protección de los trabajadores frente al acoso por razón de origen religioso o convicciones.

<sup>82</sup> Anexo IV del CC estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, 2019-2021 (Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 2 de octubre), en el que se incluye el “Protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso sexual y por razón de sexo y acoso discriminatorio”, a tenor del cual se entienden por “actos discriminatorios”, cualquier comportamiento realizado por razón de, entre otras causas, convicciones, cuando se produzcan dentro del ámbito empresarial o como consecuencia de la relación laboral con el fin de atentar contra la dignidad de las personas creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Igualmente, en relación al acoso, el artículo 43.13 del CC. de la empresa Restaurantes McDonald’s, S.A.U. (ámbito provincial, (BOP Sevilla 14 de febrero de 2020), que tipifica como falta muy grave, el acoso moral, sexual y por razón de sexo, así como el realizado por razón de, entre otras causas, convicciones.

71. Junto a lo señalado, encontramos algún Convenio Colectivo en el que se hace una mención expresa a la gestión de la diversidad, bien directamente relacionada con la población inmigrante<sup>83</sup> o, en términos más generales, al entender que “el respeto y el desarrollo de la pluralidad humana interna constituye uno de los elementos clave y estratégico para el éxito actual y futuro”, reconociendo la diversidad, como un “principio inviolable y tradicional de funcionamiento antidiscriminatorio” que se concreta, tanto en “medidas de fomento, valorización y reconocimiento de la pluralidad inherente a las personas que forman parte de la Empresa”, como también “en una definición coherente de la política en materia de selección y contratación de sus nuevos integrantes futuros”<sup>84</sup>.

72. Ciertamente, son relevantes menciones de estas características pues han de entenderse las mismas como una expresión de la mente aperturista que exige la realidad del momento y cuyo reflejo, como vemos, está teniendo incidencia en el ámbito de las relaciones laborales. Cada vez son más las medidas que, enfocadas al ámbito de las relaciones laborales, buscan gestionar esa diversidad cultural desde los distintos ámbitos de la propia empresa, tanto internos – en lo que concierne a sus propios empleados- como externos, en cuestiones tales como su relación con proveedores, clientes y en todo aquello que pueda incidir sobre la imagen corporativa e internacionalización de la empresa<sup>85</sup>.

73. Como se ha podido deducir de la configuración inicial que, siguiendo al juez británico, se ha hecho del veganismo ético, estrecha relación con este guarda la protección del medio ambiente, palmaria en algunos de los usos y costumbres de quienes siguen dicha creencia. Es por ello que también llama la atención el compromiso de la empresa con el medio ambiente, materializado en algunas de las cláusulas de los propios Convenios<sup>86</sup>. Cuestión que, si bien venía caracterizando a la responsabilidad social de la empresa, comienza a hacerse presente en los propios Convenios Colectivos. No olvidemos que la responsabilidad social de la empresa se ha enmarcado en un ámbito más “ético” que legal, surgiendo dudas sobre la posible eficacia vinculante de la misma<sup>87</sup>.

74. La posible adecuación de los Convenios Colectivos a estas nuevas realidades tiene un precedente interesante en los acuerdos de empresa de “gestión de diversidad” o “planes de diversidad”,

---

<sup>83</sup> Artículo 45 del CC Beer&Food, bajo la rúbrica de “Gestión de la diversidad en origen”, recoge como recomendación de las partes, especialmente en los centros de trabajo con un volumen importante de personas trabajadoras inmigrantes, que se promuevan en el seno de las empresas planes de gestión de la diversidad de origen, entendiéndose que estos son un factor positivo para el incremento de la competitividad de la empresa y eficiencia de la gestión empresarial, formando parte de compromisos de responsabilidad social empresarial, en las relaciones laborales.

<sup>84</sup> Capítulo V. Área Social. A. Diversidad CC de Michelín España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Aranda de Duero (Burgos), Valladolid, Almería y Vitoria-Gasteiz, para el período 2019-2022 (Resolución de 5 de agosto de 2020 de la DGT, BOE del 15 de agosto)

<sup>85</sup> A este respecto, vid. In extenso. “Gestión de la diversidad cultural en medias y pequeñas empresas”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014.

<sup>86</sup> Artículo 41 del CC. para las granjas avícolas y otros animales, el cual bajo la rúbrica “Medio ambiente” recoge la consideración por las partes firmantes de la necesidad de que las empresas actúen de forma responsable y respetuosa con el Medio Ambiente, para lo cual pondrán en práctica objetivos, programas y sistemas eficaces de gestión medioambiental, promoviendo la reducción del consumo energético, del consumo de agua y del consumo de papel y otros bienes consumibles, así como la recogida selectiva de residuos, incrementando la concienciación de la plantilla. Con la misma finalidad, si bien ampliando el compromiso de la empresa en este ámbito, quizás derivado de la naturaleza de la propia actividad empresarial, mencionar el artículo 67 del CC. estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, 2019-2021, en el que se contempla la designación de un Delegado de Medio Ambiente de entre los Representantes del comité de empresa o delegados de personal, con atribución de cometidos y funciones en esta materia, todas ellas destinadas a fomentar el respeto y compromiso medioambiental de las empresas.

<sup>87</sup> En este sentido, S. DEL REY GUANTER, en “Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales: Algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales”, *Temas Laborales*, nº 100, 2009, p.144, señala la ambigüedad que suele afectar al nivel de la eficacia regulatoria que pueden desarrollar, considerados a veces como meras recomendaciones morales o éticas y otras con un carácter vinculante legalmente pleno. En sentido similar, M. SEPÚLVEDA GÓMEZ, en “Negociación colectiva y responsabilidad social de las empresas”, *Anuarios de Conferencias del CARL*, Junta de Andalucía, CARL, 2009 p. 127, al reseñar los interrogantes jurídicos que esta responsabilidad social plantea en cuanto a las repercusiones que estas medidas puedan tener tanto sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores como sobre ciertas instituciones como la negociación colectiva.

que, si bien en España se originaron con el fin de integrar a los trabajadores inmigrantes, principalmente por su profesión de la religión musulmana<sup>88</sup>, pueden constituir un elemento clave para dar respuesta a la integración de nuevas creencias, entre ellas, el veganismo ético.

**75.** Sin lugar a dudas, creemos que el veganismo ético constituye un elemento cultural más que podrá ser tenido en cuenta en los parámetros de la relación laboral y de la empresa, pudiendo tener manifestaciones muy diversas, como señalábamos, atendiendo a la índole, por ejemplo, de la actividad desempeñada por aquella y a lo que se ha de entender como inherente a dicha creencia. Queda la expectativa de conocer cuáles serán las respuestas de los interlocutores sociales a nuevas realidades emergentes y cada vez más incidentes en el ámbito de la relación laboral como ocurre, entre otras, con el veganismo ético.

## VI. Conclusiones

**76.** Una vez admitido el veganismo ético como una creencia o convicción que, seguida por el trabajador debe ser respetada como parte integrante de la libertad ideológica, ha sido necesario identificar la repercusión de ello en el ámbito de la relación laboral.

**77.** Las consecuencias de la concurrencia de esta creencia en la relación laboral difieren sustancialmente a tenor de las características de la propia actividad empresarial. La “neutralidad” de la actividad productiva, ajena así pues a cuáles puedan ser las creencias del trabajador, las cuales se mantendrán en el fuero interno del mismo, no presentará un tratamiento diferente del que pueda propugnarse respecto del ejercicio de la libertad ideológica en cualquiera otra de sus manifestaciones. De ahí que sean aquí trasladables las garantías ofrecidas por nuestro ordenamiento jurídico frente a la vulneración de cualquier derecho fundamental del que pueda ser titular el trabajador.

**78.** Más compleja es la situación cuando las creencias y su manifestación externa se materializan en ciertas actividades empresariales o productivas no neutras en lo que puede concernir a las creencias del trabajador. Son estas últimas las que han reclamado un análisis pormenorizado. Análisis que se ha pretendido realizar desde la perspectiva de la integración, la diversidad y la armonización de intereses.

**79.** El pluralismo, la diversidad, el multiculturalismo etc... presentes cada vez más y de maneras y formas diferentes en la sociedad del siglo XXI, han de ser tenidas en cuenta en un ámbito de relevancia como la relación laboral, la cual constituye un pilar básico en la vida del ser humano y en la que desarrolla y se inmiscuye gran parte de su vida. Así pues, entendemos que el ámbito laboral no puede ser ajeno a la realidad imperante sino que debe dar respuesta, de la manera más acorde y conciliatoria posible, a los intereses de las partes de dicha relación, trabajador y empresario.

**80.** Por tanto, partiendo de que la incorporación del trabajador a una determinada organización productiva es voluntaria y conociendo, por ende, el objeto de la misma, es la buena fe la que creemos debe presidir tanto el cumplimiento de sus funciones como también el ejercicio del poder de dirección y organización del empresario. Una vez que el trabajador acepta voluntariamente prestar sus servicios en una empresa, cuya actividad pueda suponer una injerencia a sus creencias, la buena fe debe presidir dicha prestación. Lo contrario permitirá al empresario ejercer su poder disciplinario ante una trasgresión de dicha buena fe contractual por parte del trabajador.

**81.** Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, la nueva realidad del siglo XXI caracterizada por su diversidad, multiculturalidad, pluralismo etc... debe también comprender un compromiso por

---

<sup>88</sup> A este respecto, resulta muy interesante el estudio que acomete A. ALVAREZ DEL CUVILLO en el capítulo “Inmigración y negociación colectiva: igualdad y gestión de la diversidad” en R. ESCUDERO (Coord.), Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización, CCOO, CINCA, 2010, pp. 423-462

parte del empresario. El respeto hacia las creencias del veganismo ético del trabajador por parte de aquel debería traer consigo, siempre que ello sea posible en el seno de la organización empresarial de que se trate, una acomodación de la prestación de servicios a las mismas. Acomodo materializado, por ejemplo, en la asignación de tareas que hemos definido como neutras y que permitan dicha compatibilidad y no supongan un choque frontal con aquellas; o, por ejemplo, permitir una adaptación de la uniformidad, si ello fuera demandado por el trabajador; o respetar las pautas de alimentación si en el seno de la empresa existiera comedor o cafetería como servicio ofrecido a los trabajadores; o eliminar aquellas tareas que pudieran confrontar la creencia “vegana” del trabajador. Se trata de lograr un equilibrio de intereses en el que la buena fe es requisito esencial en el actuar de ambas partes, trabajador y empresario.

**82.** Esencial a este fin entendemos es la incorporación en los convenios colectivos aplicables o, como se ha ejemplificado, en acuerdos de empresa, planes o cláusulas de diversidad del respeto a dichas creencias. Si, hasta ahora, ha sido la religión la peculiaridad determinante, principalmente en aquellos sectores o empresas en las que dicha condición afectaba a un número importante de sus trabajadores, una visión aperturista reclamaría, en alguno de los sectores que hemos mencionado, la incorporación de creencias como la del veganismo ético, teniendo en cuenta los pilares básicos en los que dicha creencia se sustenta. Sería posible materializar compromisos de la empresa en los que se pudiera dar cabida a ello, y que, evidentemente serían sectores, como decíamos, en los que la injerencia de esta creencia y la actividad de la empresa aparecen íntimamente conectados.

**83.** El asunto Casamitjana ha puesto sobre la mesa las posibles injerencias que una creencia como el veganismo ético puede tener sobre la relación laboral. Bien es cierto que la gravedad del hecho acontecido devenía de la propia índole de la empresa, de sus compromisos y de su actuación en contra de estos; lo que no es óbice para entender que quizás la actuación del trabajador no fue la más acorde a lo sucedido. Si el hecho británico se hubiera materializado en España, pondríamos nuestras dudas sobre la posible discriminación por dicha causa pues la misma denotaría, a nuestro juicio, no una disquisición sobre si ha habido o no discriminación por dicha causa, que desde nuestro punto de vista no la ha habido, sino si ha habido una represalia hacia el trabajador como consecuencia de la denuncia formulada contra la empresa. Sin más antecedentes del caso que los reflejados en el Preliminary hearing judgment, el despido del Sr. Casamitjana parece haberse producido no por la índole de sus creencias sino como consecuencia de las denuncias por él formuladas sobre las irregularidades de la empresa. Debería ponerse la atención sobre si, ante los mismos hechos, cualquier otro trabajador que no hubiera profesado dicha creencia hubiera sido despedido en los mismos términos que el Sr. Casamitjana, cuestión a la que creemos que la respuesta sería afirmativa.

**84.** Sin lugar a dudas, el veganismo ético como creencia puede encontrar un importante escollo a quien lo profesa para desarrollar su actividad profesional en determinados sectores, principalmente por las posibles reticencias del empleador no solo en los estados previos a la contratación sino también en el desempeño de la propia prestación de servicios. Es por ello que, de nuevo, la realidad está siendo más rápida que la respuesta del ordenamiento jurídico laboral. Quizás es momento de que los interlocutores sociales abran paso a una nueva realidad, aún estamos a tiempo de ello, aún se está a tiempo de dar respuesta a lo que se aventura, pues ya lo decíamos al citar el refranero popular con el que abríamos este trabajo.

# INTERNATIONAL JURISDICTION IN EU TRADEMARK INFRINGEMENTS ON THE INTERNET – IS IT POSSIBLE TO COMPLICATE THINGS EVEN FURTHER?\*

## COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INFRACCIONES DE MARCA EUROPEA COMETIDAS EN INTERNET – ¿ES POSIBLE COMPLICAR LAS COSAS TODAVÍA MÁS?

AURELIO LOPEZ-TARRUELLA

*Profesor titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Alicante*

Recibido: 14.07.2021 // Aceptado: 30.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6261>

**Abstract:** The volume of judgments of the CJEU in the field of EU trademarks has increased dramatically in the latest years. While the drafting of the grounds of jurisdiction in the EU Trademark Regulation is quite similar to those of the Brussels I Regulation, their interpretation varies substantially. This divergent interpretation affects legal certainty of companies identifying their products and services in the Internal market using parallel national trademarks and EU trademarks and increases the complexity of litigation in those cases where both categories of industrial property rights are at stake. To reduce these problems, the present work proposes the adoption of a uniform interpretation of the grounds of jurisdiction of the EU trademark Regulation and the Brussels I Regulation.

**Keywords:** International jurisdiction, EU trademarks.

**Resumen:** El número de sentencias del TJUE en materia de marcas europeas se ha incrementado dramáticamente en los últimos años. Si bien la redacción de los foros de competencia en el Reglamento de marca europea y del Reglamento Bruselas I es similar, su interpretación varía de manera sustancial. Esta divergente interpretación afecta a la seguridad jurídica de las compañías que identifican sus productos y servicios en el mercado interior haciendo uso de marcas nacionales y europeas paralelas; e incrementa la complejidad a la hora de litigar en aquellos casos en los que ambas categorías de derechos de propiedad industrial están en disputa. Para reducir estos problemas en el presente trabajo se propone la adopción de una interpretación uniforme de los foros de competencia del Reglamento de marca europea y del Reglamento Bruselas I.

**Palabras clave:** Competencia judicial internacional, marca europea.

**Sumario:** I. Introduction. II. Coincidences and divergences in the grounds of jurisdiction in the EUTMR and in the Brussels I Regulation. III. The CJEU *lex specialis* characterization of the EUTMR jurisdiction rules: evolution and challenges. 1. “*Coty Germany*”: a poorly grounded specialization and an inconclusive precision of the forum delicti commissi adequately revised in “*AMS Neve*”. 2. “*Hummels Holding*”: specialization extends to the concept of “establishment”. IV. Final Remarks.

---

\* The present article is an updated version of a previous work entitled “Reflexiones sobre la especialización de la interpretación de los foros de competencia en los reglamentos sobre marca europea y diseño comunitario”, in AAVV, *Anuario de Propiedad Industrial e Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

## I. Introduction

1. Nobody doubts that the creation of unitary industrial property rights is a great achievement of the European Union. They have become a cornerstone of the Internal market. Thanks to them, a company is granted protection of its trademarks, designs and, hopefully in the near future, patents in a market composed of 27 Member States and 500 millions of people. Making business in Europe is thus facilitated.

However, when it gets to enforce these rights in court, things are becoming more and more complicated due to the increasing cross-border dimension of disputes. This becomes particularly apparent from the judgments adopted by the Court of Justice of the European Union (hereinafter CJEU) in relation to the jurisdiction or applicable law in disputes concerning Community Trademarks (now EU Trademarks) or Community Designs. From 1996 to 2013, the CJEU adopted just two decisions<sup>1</sup>. From 2014 to present, nine decisions<sup>2</sup>. In this latter period, the decisions concerning national IP rights were five<sup>3</sup>.

2. Regulation 2017/1001 on the EU Trademark (hereinafter EUTMR) include special rules on jurisdiction and on applicable law<sup>4</sup>. As explained in section II, rules referred to the first issue differ with those established in Regulation 1215/2012 (Brussels I Regulation) for disputes concerning national IP rights<sup>5</sup>, in particular in cases where the defendant is domiciled in a third State. However, the drafting and concepts used in those grounds of jurisdiction are similar to those used in the Brussels I Regulation. This should be welcome because cross-border disputes in relation to a unitary industrial property right also usually involve a “parallel” national IP right (i. e. a national right in one or several Member States granted to the same distinctive sign that is registered as a EUTM) and actions for unfair competition. *Prima facie*, the use of the same grounds of jurisdiction ensure that these interrelated complaints can be filed before the courts of the same Member State. Unfortunately, this is not the case because, as addressed in Section III, the CJEU’s interpretation of the concepts used in the grounds of jurisdiction of the EUTMR (and the CDR) differs from the interpretation adopted for the same concepts in the framework of the Brussels I Regulation. The CJUE justifies this divergent interpretation in the *lex specialis* character of the rules of jurisdiction in the EUTMR. It is my understanding that the need to autonomously interpret these rules is not sufficiently grounded and that it complicates the cross-border enforcement of IP rights in Europe.

## II. Coincidences and divergences in the grounds of jurisdiction in the EUTMR and in the Brussels I Regulation

3. Art. 123 EUTMR establishes the obligation for the Member States to designate within their respective judicial systems a limited number of courts (the EUTM Courts) with exclusive competence to

---

<sup>1</sup> CJEU Judgments of 14 December 2006, C-316/05, “*Nokia*” (ECLI:EU:C:2006:789) and of 12 April 2011, C-235/09, “*DHL Express*” (ECLI:EU:C:2011:238).

<sup>2</sup> CJEU Judgments of 5 June 2014, C-360/12, “*Coty Germany*” (ECLI:EU:C:2014:1318); 18 May 2017, C-617/15, “*Hummel Holding*” (ECLI:EU:C:2017:390); 13 July 2017, C-433/16, “*Bayerische Motoren Werke*” (ECLI:EU:C:2017:550); 22 September 2016, C-223/15, “*combit Software*” (ECLI:EU:C:2016:719); 27 September 2017, Joined Cases C-24/16 and C-25/16, “*Nintendo*” (ECLI:EU:C:2017:724); 19 October 2017, C-231/16, “*Merck*”; 19 de October 2017, C 425/16, “*Raimund*” (ECLI:EU:C:2017:771); 5 September 2019, C-172/18, “*AMS Neve*” (ECLI:EU:C:2019:674); 21 November 2019, C-678/18, “*Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*” (ECLI:EU:C:2019:998).

<sup>3</sup> CJEU Judgments of 14 July 2016, C-230/15, “*Brite Strike Technologies*” (ECLI:EU:C:2016:560), 5 October 2017, “*Hanssen Beleggingen BV*” (ECLI:EU:C:2017:738); 3 April 2014, C-387/12, “*Hi Hotel*” (ECLI:EU:C:2014:215); 22 January 2015, C-441/13, “*Hedjuk*” (ECLI:EU:C:2015:28); 22 April 2016, C-572/14, “*Austro-Mechana*” (ECLI:EU:C:2016:286).

<sup>4</sup> This is also the case for the Regulation 6/2002 on the Community Design (hereinafter CDR). Since the wording of the provisions in each Regulation is similar, the conclusions of this commentary in relation to the EUTMR apply *mutatis mutandi* to the CDR.

<sup>5</sup> See T. B. LARSON, *Intellectual Property Jurisdiction Strategies (Where to Litigate Unitary Rights vs. National Rights in the EU)*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

hear the categories of actions listed in Art. 124 EUTMR<sup>6</sup>. The international jurisdiction of these courts to hear about those actions is established in Art. 125<sup>7</sup>.

According to this provision, in the absence of a choice of forum agreement (something that in these categories of disputes is generally the case) and of tacit submission (meaning, the defendant appears before the court but does not challenge its jurisdiction), the EUTM court will declare jurisdiction:

- a) if the defendant is domiciled in that Member State;
- b) in the absence of domicile in the EU, if the defendant has an establishment in that Member State;
- c) in the absence of the above, if the plaintiff is domiciled in that Member State;
- d) in the absence of the above, if the plaintiff has an establishment in that Member State;
- e) in the absence of the above, if the complaint is filed before the EUTM courts of the Member State where the Office (EUIPO) has its seat (i. e. Alicante, Spain)<sup>8</sup>.

In any of these situations, with the exception of actions for a declaration of non-infringement of a EUTM, Art. 125 (5) allows the plaintiff to alternatively file the complaint before the EUTM Courts “of the Member State in which the act of infringement has been committed or threatened, or in which an act referred to in Article 11(2) has been committed”. This is the classic ground of jurisdiction known as *forum delicti commissi*. However, while the courts designated in the previous grounds can hear of an infringement committed in any State, the competence of the court based on the application of this latter ground of jurisdiction is limited to infringements within the territory of the Member State where the complaint is filed (Art. 126).

Additionally, Art. 131 EUTMR allows a plaintiff to ask for provisional measures before the court that is hearing of the main complaint or, as an alternative, before the court of any other Member State in which the measure is to be enforced<sup>9</sup>.

**4.** The comparison between these grounds on jurisdiction with those applicable to disputes on national IP Rights allows the identification of certain parallels. To start with, when the defendant is domiciled in a Member State, the complaint can be brought before the courts of that State (Art. 4 Brussels I Regulation, Art. 125 (1) EUTMR), or before the courts of the *forum delicti commissi* (Art. 7 (2) Brussels I Regulation, Art. 125 (5) EUTMR). The CJEU has interpreted that, similar to what Art. 125 (5) says, the courts of *forum delicti commissi* can only hear about complaints concerning IP right infringements committed in the territory of that Member State<sup>10</sup>. In relation with provisional measures, the Brussels I Regulation (Art. 35) establishes a double-option system similar to the one provided for in Art. 131 EUTMR.

**5.** This comparison allows the identification of certain differences as well. These divergences derive from the particularities that surround unitary titles<sup>11</sup> and the clear intention of the EU legislator to strengthen the protection of EUTM<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> For actions not listed in this provision, the Brussels I Regulation remains fully applicable.

<sup>7</sup> See C. HEINZE, “Unitary Intellectual Property Rights and Jurisdiction”, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI AND P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 1792.

<sup>8</sup> An example of the application of this ground of jurisdiction can be found in the Judgement of the Appellate Court of Alicante 1089/2014 of 1 July 2014 (ECLI: ES:APA:2014:1089). The action for infringement of two EUTM (“BREEZES” and “Superclubs Breezes”) was filed by VRL International LTD, with domicile in Cayman Islands, against Nova Hotels LTD, a legal entity from Tanzania that runs a hotel in the city of Bewjuu, Zanzibar, under the name of BREEZES.

<sup>9</sup> In this regard, it should be recalled the CJEU Judgement of 21 November 2019, C-678/18, “*Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*”. The Court states “that the courts and tribunals of the Member States with jurisdiction to order provisional measures, including protective measures, in respect of a national design also have jurisdiction to order such measures in respect of a Community design”.

<sup>10</sup> CJEU Judgement of 19 April 2012, C-523/10, “*Wintersteiger*”

<sup>11</sup> See CJEU Judgment of 5 June 2014, C-360/12, “*Coty Germany*”, par. 36: “the origin and the context of Regulation No 40/94 confirm the intention of the EU legislature to derogate from the rule on jurisdiction provided for in Article 5(3) of Regulation No 44/2001 in the light, in particular, of the inability of the rule on jurisdiction to respond to the specific problems relating to the infringement of a Community trade mark”.

<sup>12</sup> This is confirmed in CJEU of 18 May 2017, C-617/15, “*Hummel Holding*”, pars. 27 y 28.

First of all, in relation with a EUTM, it is not possible to bring non-infringement declaratory actions before the courts of the *forum delicti commissi*. This is expressly banned in Art. 126 (2) with the purpose of avoiding or at least reducing so-called *torpedo actions*<sup>13</sup>. On the contrary, for national IP rights, CJEU Judgment of 25 October 2012, C-133/11, “*Folien Fischer*” states that “an action for a negative declaration seeking to establish the absence of liability in tort, delict, or quasi-delict falls within the scope of [present Art. 7 (2) Brussels I Regulation]”.

More importantly, in the case of the EUTMR, the EUTM Courts can only declare jurisdiction on the basis of the rules provided for in the Regulation. They cannot refer to their national rules of jurisdiction in any case. On the contrary, for disputes concerning national IP rights, in the absence of tacit or express submission, when the defendant is domiciled in a third State, the Brussels I Regulation establishes that the court where the complaint is brought shall declare jurisdiction on the basis of its national rules of jurisdiction (Art. 6). These rules may vary from one Member State to the other. As a consequence, litigants in national IP rights are subjected to a higher degree of legal uncertainty in relation to jurisdiction. This obliges them to incur in higher costs when designing their litigation strategy to determine in which Member States they can bring the lawsuit<sup>14</sup>.

Another important advantage of the EUTMR rules on jurisdiction is that, when the alleged infringer is domiciled in a third state, the trademark holder can initiate a pan-European infringement action (i. e. an action in relation to the infringement committed anywhere in the territory of the EU) before the Courts of its domicile or establishment – art. 125 (2); or, if it does not have a domicile or establishment in the EU, before the EUTM Courts in Alicante – art. 125 (3). In the case of national IP rights, the jurisdiction to hear pan-European actions is only granted to the courts of the Member State or the defendant’s domicile – art. 4 Brussels I Regulation<sup>15</sup>. When the defendant is domiciled in a third State such possibility depends on each Member State’s rules on jurisdiction, but this is highly unlikely due to the lack of a reasonable connection between the court and the facts of the dispute that took place abroad.

**6.** Besides these advantages, it is worth to mention that some of the grounds of jurisdiction established in Art. 125 EUTMR may be problematic due to their possible exorbitant character. In particular, this might be the case when the complaint is filed before the courts of the Member State where (1) the plaintiff is domiciled, or where (2) the plaintiff has an establishment, or where (3) the Office has its seat and the infringement did not occur in any of those places. The judgments adopted by these courts may find obstacles for their recognition and enforcement in third states where the defendant is domiciled or where he has assets. This is due to the fact that national systems of recognition and enforcement of foreign judgments contain a ground for denial based on the exorbitant character of the head of jurisdiction that the court of origin applied to declare jurisdiction.

This might be particularly problematic in the relations with Norway, Iceland and Switzerland. These countries are party to the Lugano Convention 2007 (hereinafter LC) alongside the EU. When the defendant is domiciled in any of these States, special rules of jurisdiction in the EUTMR are not appli-

---

<sup>13</sup> In the context of disputes related to a cross-border infringement of IP rights, a *torpedo* action consists on the alleged infringer taking on ahead of the right holder and filing an action for declaration of non-infringement before the courts of the Member State that is the most convenient for his interests. From that moment, if the right holder wants to file an action for infringement of the same IP right, he will need to do so before the same court. Due to the *lis pendens* rule in Art. 29 R. Brussels I Regulation, if he files the action before the court of any other Member State, such court shall stay the proceedings until the court first seize determine jurisdiction. In certain Member States, this determination may take a long time. See M. FRANZOSI, “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *EIPR*, 1997, pp. 382 – 385.

<sup>14</sup> It is generally the case that those rules establish the *forum delicti commissi* – the courts of a Member State have jurisdiction if the infringement has been committed in the territory of that State. See, for instance, Art. 22 *quinquies* b) of the Organic Law 6/1985 of the Judicial Power in Spain. Nevertheless, national systems may establish other grounds of jurisdiction, in certain cases of an exorbitant character – i. e. grounds that show little connection between the dispute and the court with jurisdiction.

<sup>15</sup> CJUE of 19 April 2012, C-523/09, “*Wintersteiger*”; 22 January 2015, C-441/13, “*Hedjuk*”; 3 October 2013, C-170/12, “*Pinckney*”; of 21 December 2016, C-618/15, “*Concurrence*”. While these judgments can be interpreted as granting pan-European jurisdiction to the courts of the “place where the act giving rise to the alleged infringement occurred or may occur”, such place will generally coincide with the location of the defendant’s domicile or place of establishment.

cable. According to Art. 64 (2) LC, international jurisdiction is governed by the Convention. It shall be interpreted that the reference in this provision to the Brussels I Regulation extends to the EUTMR on the basis of the general referral to the Brussels I Regulation in Art. 122 EUTMR. In a situation where a EUTM Court of a Member State disregards this provision, its decision might not be enforceable in any of the non-EU parties of the LC (Norway, Iceland or Switzerland). The reason is that according to Art. 64 (3) LC the courts of these States can deny *exequatur* of a judgment adopted by the courts of a Member State “if the ground of jurisdiction on which the judgment has been based differs from that resulting from [the Lugano] Convention and recognition or enforcement is sought against a party who is domiciled in a State where this Convention but not an instrument referred to in paragraph 1 of this Article applies, unless the judgment may otherwise be recognised or enforced under any rule of law in the State addressed”.

This is not a mere theoretical problem. Judgment 87/19 of the EUTM Court of Alicante (Spain) is referred to an action for infringement filed by the US firm Lyft against a Norwegian company in relation to the use of the term “Letlift” in a mobile application that could be downloaded in several Member States. The Alicante Court based its jurisdiction in art. 125 (3) – i. e. the place where the Office has its seat, thus a ground different from those established in the LC. If the defendant would not voluntarily comply with the judgment, the plaintiff might find problems to enforce the judgement in Norway due to art. 64 (3) LC. These problems would not appear to recognize the part of the judgement related to the infringement committed in Spain. This is so because for this part of the judgement the Alicante Court based its jurisdiction on the *forum delicti commissi* in Art. 125 (5), a ground of jurisdiction that LC establishes in Art. 5 (3).

### III. The CJEU *Lex Specialis* characterization of the EUTMR jurisdiction rules: evolution and challenges

7. As previously mentioned, from 2014 to present, the CJEU has adopted nine decisions about the Private International Law (PIL) aspects of EUTM and CD. Some of these judgments provide an interpretation of the rules of jurisdiction in the regulations that is aligned with the one given to the rules in the Brussels I Regulation for disputes concerning national IP rights. This is the case of “*Nintendo*”, concerning the ground for complaints against multiple defendants – Art. 8 (1) Brussels I Regulation, or “*Merck*” in relation to the rules governing situations of *lis pendens*. The use of the same criteria followed in the framework of the Brussels I Regulation for the interpretation of the provisions in the EUTMR and CDR guarantees the coherence of the system of IPR litigation in Europe, thus facilitating the cross-border civil enforcement of IP rights.

Despite this advantage, in other decisions, a specialization in the interpretation of the rules of jurisdiction in the EUTMR (and CDR) is sustained. To my understanding the characterization of these rules as *lex specialis* is not sufficiently grounded, and it entails incoherence in the litigation system, creating obstacles to the cross-border enforcement of IP rights. This is the case of “*Coty Germany*”, adequately revised in “*AMS Neve*”, and “*Hummels Holding*”.

#### 1. “*Coty Germany*”: a poorly grounded specialization and an inconclusive precision of the *forum delicti commissi* adequately revised in “*AMS Neve*”

8. The relevance of “*Coty Germany*” lies in two aspects. On the one hand, it is the first decision where the CJEU states that the grounds of jurisdiction of the EUTMR are *lex specialis* in relation to the rules of the Brussels I Regulation. On the other, it develops how to apply the *forum delicti commissi* in cases where the infringing activities are located in multiple states. Both aspects are subject to criticism.

9. The *lex specialis* character of the rules of jurisdiction of the EUTMR is grounded on a literal interpretation of Art. 122 EUTMR. According to the first paragraph of this provision, international jurisdiction in EUTM disputes is governed by the Brussels I Regulation. However paragraph (2) expressly

excludes the application of certain provisions of that Regulation, including Art. 7 (2) which states the *forum delicti commissi*. Therefore, the CJEU states that the rules of jurisdiction of the EUTMR do not need to follow the same interpretation than those of the Brussels I Regulation<sup>16</sup>. Additionally, the Court refers to the genesis of the EUTMR and the inability of the rule on jurisdiction in present Art. 7 (2) Brussels I Regulation to respond to the specific problems relating to the infringement of a EUTM<sup>17</sup>. However, in my opinion, the Court does not sufficiently explain which are those specific problems or the reasons why such genesis necessarily leads to a special interpretation of its rules on jurisdiction. Having in mind the consequences of establishing a *lex specialis* character, the grounds provided by the Court to sustain this interpretation are very poor, although the Court had the chance to complement them some years later in “*Hummels Holding*”.

**10.** In relation to the second aspect, the *lex specialis* character of the rules of jurisdiction of the EUTMR is in itself the argument provided by the Court to sustain an interpretation of the *forum delicti commissi* in Art. 125 (5) that departs from the interpretation granted to the same ground of jurisdiction in Art. 7 (2) Brussels I Regulation. According to the Court, when the infringing activity and the damages of such activity occur in different Member States, “the concept of ‘the Member State in which the act of infringement has been committed’ implies [...] that that linking factor relates to active conduct on the part of the person causing that infringement. Therefore, the linking factor provided for by that provision refers to the Member State where the act giving rise to the alleged infringement occurred or may occur, not the Member State where that infringement produces its effects”<sup>18</sup>. The ruling is problematic for two reasons.

As abovementioned, the CJEU departs from its very own interpretation regarding infringements of national IP rights. For these categories of rights, the Court understands that in cases where the infringing activity and the damages occur in multiple Member States, the courts of any of these Member States can declare jurisdiction on the basis of Art. 7 (2), even if the complaint aims to determine the liability of a person that did not directly intervene in the infringement<sup>19</sup>. This flexible interpretation of *forum delicti commissi* is confirmed in other judgments where the Court states that the mere accessibility of a website from the territory of a Member State is enough for the courts of that State to declare jurisdiction<sup>20</sup>. The existence of a different interpretation of grounds of jurisdiction with similar wordings does not facilitate the work of international litigators.

Additionally, the judgement reduces the *effet utile* of *forum delicti commissi* in Art. 125 (5) EUTMR. This is particularly so in infringements committed on the Internet. In these cases, the place of the act giving rise to the alleged infringement is located where the infringing information is uploaded on the Internet<sup>21</sup>. Most of the times, such place coincides with the defendant’s domicile or establishment thus *forum delicti commissi* becomes futile<sup>22</sup>.

**11.** Fortunately, the CJEU had the chance to revise and precise this interpretation in “*AMS Neve*”. In this case, a company domiciled in Spain was offering in its website products to consumers in the United Kingdom that infringed the EUTM and UK trademark of a British company. According to the CJEU case law, English courts have jurisdiction to hear the complaint about the UK trademark – Art. 7 (2) Brussels I Regulation but, having in mind the interpretation in “*Coty Germany*”, the court was hesitant about the jurisdiction in relation with the EUTM. Despite its previous decision, the Court states that, for the

<sup>16</sup> Paragraphs. 27-28.

<sup>17</sup> Par. 36.

<sup>18</sup> Par. 34.

<sup>19</sup> CJEU Judgement of 3 April 2014, C-387/12, “*Hi Hotel*”.

<sup>20</sup> CJEU Judgements of 22 January 2015, C-441/13, “*Hedjuk*”; of 3 October 2013, C-170/12, “*Pinckney*”; of 21 December 2016, C-618/15, “*Concurrence*”.

<sup>21</sup> CJEU Judgement 27 September 2017, “*Nintendo*”, par. 108: “it must be held that the event giving rise to the damage is the conduct by which an operator offers for sale allegedly infringing goods, inter alia by placing an offer for sale on its website. Accordingly, the place where the event giving rise to the damage occurred within the meaning of Article 8(2) of Regulation 864/2007 is the place where the process of putting the offer for sale online by that operator on its website was activated”.

<sup>22</sup> See A. KUR, “Abolishing Infringement Jurisdiction for EU Marks? – The Perfume Marks Decision by the General Federal Court of Justice”, *IIC*, vol 49, 2018, pp. 452-465, esp. 455.

purpose of present Art. 125 (5), an infringement EUTM is committed in the place “of the Member State within which the consumers or traders to whom that advertising and those offers for sale are directed are located”. The decision looks like a 180-degree turn of the “*Coty Germany*” case law. However, the different interpretation is sustained in the differences that exist between the factual situations of both cases. In “*Coty Germany*”, the infringing products had not been introduced or offered by the defendant in the Member State where the complaint was filed. Such introduction was due to resales by a third party. On the contrary, in “*AMS Neve*”, the defendant was offering the infringing products in the Member State where the complaint was filed. Both decisions thus are not in contradiction although a clarification was needed<sup>23</sup>.

**12.** The decision should be highly welcomed for reactivating the *effet utile* of *forum delicti commissi*. Thanks to the ruling, EUTM owners may sue before the courts “of the Member State within which the consumers or traders to whom that advertising and those offers for sale are directed are located, notwithstanding that that third party took decisions and steps in another Member State to bring about that electronic display”. This is highly convenient for EUTM owners because this place will usually coincide with the place where he is domiciled and where he carries out its main commercial activities.

However, to my understanding, the judgment is not entirely satisfactory. Depending on the category of rights under dispute, the divergences on the interpretation of the *forum delicti commissi* still remain. For disputes concerning EUTM, the decision introduces the so-called “targeting activities” criterion: for the EUTM Court of a Member State to declare jurisdiction, it needs to be shown that the defendant targets its commercial activities to that Member State’s market. For disputes concerning national IP rights or claims of unfair competition, this criterion is not applicable. On the contrary, there is a consolidated case law of the CJEU favoring the application of the “mere accessibility” criterion: the simple fact that the web site of the alleged infringer can be accessed or an app can be downloaded from a Member State where the IP right is protected or where the activity can be considered unfair is sufficient to trigger the jurisdiction of the Courts of that Member State in accordance with *forum delicti commissi* in Art. 7 (2) Brussels I Regulation<sup>24</sup>. Therefore, the complexity deriving from the different interpretation of the ground of jurisdiction does not completely disappear.

This complexity increases in those cases where the EUTM owner has a parallel national trademark – i. e. a national trademark covering the same distinctive sign that is protected as a EUTM, and he decides to sue for infringement of both trademarks in the same complaint. Additionally, the trademark owner may add to the complaint a claim based on unfair competition. If so, situations may still appear where the courts of the *forum delicti commissi* can declare jurisdiction to hear the part of the complaint referred to the infringement of the national trademark and of unfair competition, but not the one concerning the EUTM.

The solution to this complexity should not come from an amendment of the CJUE case law in “*AMS Neve*”, but from a reform of the case law concerning jurisdiction on actions of infringement of national IP rights and of unfair competition. This is so, because the “mere accessibility” criterion is a source of legal uncertainty to any company carrying out commercial activities on the Internet. These companies cannot foresee where they can be sued in case they voluntarily or involuntarily infringe a trademark. *Forum delicti commissi* in Art. 7 (2) Brussels I Regulation should only give jurisdiction to the courts of the Member State where a company is targeting its commercial activities. As abovementioned, this not the case at present. To my understanding this creates a high degree a legal uncertainty on companies making business in the Internet. Finally, it is also worth mentioning that the “targeting activities” criterion is respectful of the due process right since the defendant would not be forced to defend himself before the courts of a Member State that lacks connection with the case and that may imply important economic costs.

<sup>23</sup> In fact, in the “*Parfummarken*” case, the General Federal Court of Justice (BGH) applied the interpretation in “*Coty Germany*” to deny the jurisdiction of the German Courts in a case concerning a trademark infringement committed in the Internet: “The defendants’ online presence in German does not justify the assumption that the act of infringement within the meaning of Art. 97(5) CTMR was committed in Germany (par. 30). Decision of 9 November 2017, case No I ZR 164/16, IIC, vol. 49, 2018, pp. 485-493.

<sup>24</sup> CJUE of 19 April 2012, C-523/09, “*Wintersteiger*”; 22 January 2015, C-441/13, “*Hedjuk*”; 3 October 2013, C-170/12, “*Pinckney*”; of 21 December 2016, C-618/15, “*Concurrence*”

**13.** There is one last factor that increases the complexity of the IPR cross-border litigation system in the EU. It refers to the interaction between the “*AMS Neve*” and the “*Nintendo*” judgements<sup>25</sup>. The latter decision concerns the interpretation of art. 8 (2) Rome II Regulation<sup>26</sup> in relation to the law applicable to the aspects of an infringement of community designs which are not regulated in the CDR. According to the Court, the concept of “country in which the act of infringement was committed [...] refers to the country where the event giving rise to the damage occurred”<sup>27</sup>. In a case where a person offers for sale allegedly infringing goods by placing an offer for sale on its website, such place is located “where the process of putting the offer for sale online by that operator on its website was activated”<sup>28</sup>. As a consequence, while “*AMS Neve*” allows the courts of the place where the online offers for sale are directed to hear an action for EUTM infringement, such courts would need to apply a foreign law to the aspects of the complaint not directly regulated by the EUTMR<sup>29</sup> – i. e. the law of the State where the information was uploaded to the website<sup>30</sup>. Such aspects include, for instance, the remedies and measures available to the trademark owner in case of infringement.

## 2. “*Hummels Holding*”: specialization extends to the concept of “establishment”.

**14.** The second judgment where the *lex specialis* character of the EUTMR grounds of jurisdiction is asserted is “*Hummels Holding*”. In this decision, besides the reinforcement of the arguments in favor of the specialization, the Court adopts a concept of “establishment” that departs from the one sustained in the framework of Brussels I Regulation and opens the door to *forum shopping* practices.

**15.** In relation to the *lex specialis* character, the judgement refers to the different objectives of the rules of jurisdiction in the EUTMR and of the rules in the Brussels I Regulation. While the formers are aimed at guaranteeing a proper administration of justice and, in certain cases, the protection of the weaker party of the relationship, the main objective of the latter is to reinforce the protection of the EUTM, to reduce the risk of incompatible judgments and to avoid the harm to the unitary character of the title<sup>31</sup>. In my opinion, these arguments can be criticized. Despite the fact that certain exceptions are provided, Art. 122 (1) clearly states that jurisdiction concerning EUTM is governed by the Brussels I Regulation. One of the main principles that inform such Regulation is the defendant’s due process right<sup>32</sup>. Therefore, when interpreting the rules of jurisdiction of the EUTMR, this principle should at least have the same weight that the objectives identified by the CJEU. Unfortunately, as “*Hummels Holding*” shows, this is not the case.

**16.** In relation with the second aspect, the factual situation in the origin of the judgment needs to be reminded: an action for infringement filed by Danish company Hummels against Nike US before the courts of Germany, a Member State where the latter has a second-tier subsidiary, Nike Deutschland

<sup>25</sup> P. de MIGUEL ASENSIO, *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2020., par. 5.105.

<sup>26</sup> Regulation 864/2007 on the law applicable to extracontractual obligations.

<sup>27</sup> The judgement precises that “where the same defendant is accused of various acts of infringement in various Member States, the correct approach for identifying the event giving rise to the damage is not to refer to each alleged act of infringement, but to make an overall assessment of that defendant’s conduct in order to determine the place where the initial act of infringement at the origin of that conduct was committed or threatened by it”.

<sup>28</sup> Par. 108.

<sup>29</sup> It should be recalled that in several Member States, the content of a foreign law is not accredited by the court on its own motion, but it must be proved by the interested party.

<sup>30</sup> In those cases where the complaint also includes claims in relation to the infringement of national trademarks or acts of unfair competition, the application of that law should be combined with the law of the country where protection is claimed – art. 8 (1), and the law of the affected market – art. 6 (2) Rome II Regulation. In both cases, such laws will coincide with that of the courts of the *forum delicti commissi*.

<sup>31</sup> CJEU of 18 May 2017, C-617/15, “*Hummel Holding*”, pars. 27 y 28.

<sup>32</sup> CJEU Judgements of 13 July 2016, C-4/03, “*GAT*” (ECLI:EU:C:2006:457), par. 28; and C-539/03, “*Roche Nederland-en*” (ECLI:EU:C:2006:458), par. 37.

GmbH<sup>33</sup>. The CJEU was asked whether this subsidiary could be considered an “establishment” of the defendant for the purpose of Art. 125 (1) so that the courts of Germany could declare jurisdiction in relation to the commercialization of the infringing products in several Member States. In this respect, it should be recalled that Art. 7 (5) Brussels I Regulation uses the concept of “establishment” as synonym to “branches or agencies”, i. e. entities without its own legal personality<sup>34</sup>. On the contrary, while they may act under the instructions of a parent company, subsidiaries are considered autonomous legal entities that are liable for their own acts. In this regard, a reference should be made to a classic judgement in this field, “*Roche Nederlanden*”: in this case, the plaintiff was forced to sue each of the subsidiaries that committed the alleged infringement in their respective Member States of domicile. The plaintiffs were not allowed to file the complaint before the courts of The Netherlands, where the parent company had its seat<sup>35</sup>.

With these precedents in mind, one might have felt inclined to bet that the CJUE would understand that Nike Deutschland GmbH could not be considered an “establishment” for the purpose of Art. 125 (1) and that the German court should decline jurisdiction in favor of the courts of the Member State where the plaintiff was domiciled, i. e. Denmark – Art. 125 (2). However, the Court adopted a completely different interpretation. According to its decision, whether the entity has legal personality or not is not relevant<sup>36</sup>. “[A] legally distinct second-tier subsidiary, with its seat in a Member State, of a parent body that has no seat in the European Union is an ‘establishment’, within the meaning of that provision, of that parent body if the subsidiary is a center of operations which, in the Member State where it is located, has a certain real and stable presence from which commercial activity is pursued, and has the appearance of permanency to the outside world, such as an extension of the parent body”.

**17.** As previously mentioned, in my opinion there are at least two reasons to criticize the decision. On the one side, it affects the coherence of the system and increases the complexity to the cross-border enforcement of IP right. Litigants should be aware that the concept of “establishment” has a different meaning in disputes concerning IP rights where Art. 7 (5) Brussels I Regulation applies, than in disputes concerning EUTM, where Art. 125 (1) applies. It should be assumed that the meaning in the EUTMR would also apply to disputes concerning CD.

On the other side, the decision widely opens the door to *forum shopping*. To start with, the Court states that the defendant may have establishments in different Member States and that the courts of any of these States can declare jurisdiction on the basis of Art. 125 (1). But even more, the Court states that the establishment of the defendant is part of the general ground of jurisdiction in the EUTMR, i. e. defendant’s domicile, thus the decision favors an extensive interpretation of the concept. It also establishes that, contrary to the interpretation provided in the framework of the Brussels I Regulation, the participation of the establishment in the infringing acts that give raise to the dispute is not necessary<sup>37</sup>. Finally, this interpretation may also be used to practice *forum shopping* on the application of Art. 125 (2) EUTMR that grants jurisdiction to the courts of the Member State of the plaintiff’s establishment. To sum up, the interpretation of “establishment” provided by the CJEU may offer an extremely high number of alternatives to litigants to practice *forum shopping*. This is incompatible with the need to guarantee the predictability of the grounds of jurisdiction and with the defendant’s due process right.

<sup>33</sup> It is a second-tier subsidiary because it belongs to Nike Retail, a Dutch company that, at the same time, is a subsidiary of Nike US.

<sup>34</sup> According to the CJEU case law, four conditions need to be met for the application of this ground of jurisdiction: a) the establishment is a place of business which has the appearance of permanency in the Member State where it is located; b) it is an entity capable of being interlocutor for third parties following the instructions of the parent company; c) the establishment acts on behalf of the parent company; d) the acts giving rise to the disputes must have been committed by the establishment. (CJEU Judgments of 22 November de 1978, 33/78, “*Somafer c. Saar-Ferngas*” (ECLI:EU:C:1978:205), of 18 March 1981, 139/80, “*Blanckaert & Willems c. Trost*” (ECLI:EU:C:1981:70), 6 April 1995, C- 439/93, “*Lloyd’s c. Campenon Bernard*” (ECLI:EU:C:1995:104)

<sup>35</sup> CJEU Judgment 13 July 2006, C-539/03, “*Roche Nederlanden c. Primus*”

<sup>36</sup> Par. 38

<sup>37</sup> Par. 40.

#### IV. Final remarks

**18.** The establishment of special rules on jurisdiction in the EUTMR and the CDR is justified on the particularities that surround unitary IP rights. However, contrary to the opinion of CJEU, I do not think these particularities justify the *lex specialis* character of these rules. Or, at least, the judgments covered in this short commentary do not adequately reflect the need to adopt an interpretation that departs from the one provided to the same concepts in Brussels I Regulation.

A direct consequence of this divergent interpretation is the complexity it introduces when litigating in Europe: a concept may have a different meaning depending on whether the litigation refers to national IP rights – the interpretation for the Brussels I Regulation applies, or to unitary IP rights – the interpretation for the EUTMR or CDR applies. This complexity increases when, as it is usually the case, a single dispute concerns unitary rights, national IP rights and acts of unfair competition.

An indirect consequence is the legal uncertainty that it creates to companies making business in the Internal Market regarding the places where they can be sued in case of IP infringement. In particular, the judgement in “*Hummels Holding*” favors the practice of *forum shopping* due to the extremely wide interpretation it provides of the concept of “establishment” for the purpose of the EUTMR.

But not everything should be criticized. The “*AMS Neve*” judgment introduces an interpretation of *forum delicti commissi* that guarantees an adequate balance between the effective enforcement of IPR and the defendant’s right to a due process. Hopefully the CJEU would expand this interpretation to disputes concerning national IP right and unfair competition as a first step to recover the coherence of the cross-border litigation system in Europe.

# THE CONCEPT OF ABUSE IN TAX MATTERS WITHIN EUROPEAN UNION LAW

## EL CONCEPTO DE ABUSO EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

DANIEL E. MÁRQUEZ LASSO

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Santiago de Compostela  
Abogado - Socio Director Stellvest tax legal advisory*

Recibido: 03.05.2021 / Aceptado: 10.05.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6263>

**Abstract:** The principle of prohibition of abuse of rights is applicable in fields as varied as the free movement of goods (judgment of 10 of January 1985, Association des Centres distributeurs Leclerc and Thouars Distribution, Case 229/83), freedom to provide services (judgment of 3 of February 1993, Veronica Omroep Organisatie, Case C-148/91), public service contracts (judgment of 11 of December 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 Spezzino and Others, Case C-113/13), freedom of establishment (judgment of 9 of March 1999, Centros, Case C-212/97), company law (judgment of 23 of March 2000, Diamantis, Case C-373/97), social security (judgments of 2 of May 1996, Paletta, Case C-206/94; of 6 of February 2018, Altun and Others, Case C-359/16; and of 11 of July 2018, Commission v Belgium, Case C-356/15), transport (judgment of 6 of April 2006, Agip Petroli, Case C-456/04), social policy (judgment of 28 of July 2016, Kratzer, Case C-423/15), restrictive measures (judgment of 21 of December 2011, Afrasiabi and Others, Case C-72/11) and value added tax (judgment of 21 of February 2006, Halifax and Others, Case C-255/02) and, in that sense, the EU principle of prohibition of abuse of law has been developing within the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union since the mid-1970s, addressing it in multiple ways, not only in the face of different factual assumptions, which would be understandable and even necessary but, in its evolution, treating asymmetrically the handling of the requirements that must be met to reach the conclusion of the existence of practices abusive.

**Keywords:** Abuse of law, European Union Law, Jurisprudence, Tax Law.

**Resumen:** El principio de prohibición del abuso de derechos es aplicable en ámbitos tan variados como la libre circulación de mercancías (sentencia de 10 de enero de 1985, Association des Centres distributeurs Leclerc and Thouars Distribution, Asunto 229/83), libre prestación de servicios (sentencia de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie, Asunto C-148/91), contratos públicos (sentencia de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 Spezzino y otros, Asunto C-113/13), libertad de establecimiento (sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros, Asunto C-212/97), derecho societario (sentencia de 23 de marzo de 2000, Diamantis, Asunto C-373/97), seguridad social (sentencias de 2 de mayo de 1996, Paletta, Asunto C-206/94; de 6 de febrero de 2018, Altun y otros, Asunto C-359/16; o de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica, Asunto C-356/15), transporte (sentencia de 6 de abril de 2006, Agip Petroli, Asunto C-456/04), política social (sentencia de 28 de julio de 2016, Kratzer, Asunto C-423/15), medidas restrictivas (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Afrasiabi y otros, Asunto C-72/11) o sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (sentencia de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, Asunto C-255/02) y, en este sentido, el principio de la Unión de prohibición del abuso de Estado se ha ido desarrollando dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde mediados de

la década de 1970, abordándolo de múltiples maneras, no solo frente a diferentes supuestos de hecho, lo cual sería entendible y hasta necesario sino, en su evolución, tratando de manera asimétrica el manejo de los requisitos que han de concurrir para llegar a la conclusión de la existencia de prácticas abusivas.

**Keywords:** Abuso del derecho, Unión Europea, Jurisprudencia, Derecho fiscal y financiero.

**Sumario:** I. Introduction. II. The concept of abuse of law in the jurisprudence of the Court of the European Union: the prohibition of abuse in the European legal order. 1. Economic globalization and tax competition: tax planning and the general framework of the anti-abuse case. 2. Terminological and conceptual evolution of abuse of rights in the jurisprudence of the Court of Justice in the European Union: the abuse of freedoms of the European Union. A) The abuse of law within the European Union. B) The abuse of law in its application of EU Freedoms. 3. Synthesis of the evolution of the jurisprudence of the Court of Justice in the European Union. III. The jurisprudential doctrine on the abuse of rights on tax matters. 1. UE measures against abusive practices regarding tax. 2. The fight against abusive practices such as justification of tax discriminatory or restriction of freedom of establishment rules. A) Factual situations that invoke the fight against abusive practices in taxation as justification. B) The jurisprudential doctrine of justification. a) The jurisprudential analysis of national anti-abuse tax law. b) Proportionality test and the existence of wholly artificial arrangements. IV. A concept of an abuse in UE law in tax matters.

## I. Introduction

1. In this decade EU Member States face new challenges and have a strategic and fundamental objective to obtain an adequate level of revenue to finance public spending.

2. The economic globalization (corporate and private) puts pressure on the competitiveness of the tax systems, and within this framework the Member States have total freedom to establish their fiscal policy according to their needs and national objectives. Nevertheless, in the context of fiscal sovereignty integrated in a supranational framework, like the European Union, it is necessary to ensure that non-harmonized national tax systems work properly when interacting with each other, not only to overcome obstacles that could appear in the confrontation of national sovereignty facing European law, but also to avoid erosion of the tax bases of the Member States. It is becoming increasingly clear that the lack of coordination between the direct tax systems may lead to an erosion of tax revenues, undermining the ability of EU Member States to acquire balanced and efficient tax systems, which in turn, can affect the sustainability of the finance of social models in communal countries<sup>1</sup>.

3. Undoubtedly, a fiscal treatment in Europe, which purports to be coordinated and coherent, involves eliminating all traces of discrimination and double taxation (examples of challenges that make full coexistence difficult between Member State's own tax sovereigns and Laws within the European Union) as well as, obviously, reducing the costs of compliance of the legislation that involves the subject of more than one tax system.

4. However, discontinuities between tax systems due to the lack of targeted coordination can also lead to the existence of cases of unintentional non-taxation or, what could be more serious, to the existence of scope for abuse—both scenarios being equally detrimental to the interests of the Internal Market as these undermine the fairness and balance of the EU Member States' tax systems<sup>2</sup>. Combat-

---

<sup>1</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions, European values in the globalised world Contribution of the Commission to the October meeting of Heads of State and Government, COM (2005) 525 final, Brussels, 3.11.2005.

<sup>2</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, Co-ordinating Member States' direct tax systems in the Internal Market, COM (2006) 823, Brussels, 19.12.2006.

ting abusive practices, balanced with the need of avoiding a disproportionate restriction in cross-border activity inside the European Union, are a challenge that not only does it the Member States, but also the Court itself, in its attempt to set a definition, as accurate as possible, for the term «abuse of rights».

5. This presents serious difficulties due to various factors: firstly, to abstract a unique concept of Legal abuse in different national legislations of Member States, because on the one hand, there is a diversity of rules, techniques, and concepts with anti-elusive outcomes, both in comparative Law and in the same national legislation. On the other hand, the fact that the reactions of the systems themselves are different depending on the variety of anti-abuse rules containing its legislation. This makes forming a homogeneous doctrine on legal abuse and consistently applying European Union law in its relationship with national law on this matter particularly complex. This leads to admit that secondly, there is not a generally valid definition of the concept at UE level. This doctrine is still in construction, as a consequence of a «process of dialogue between the Court of Justice in the European Union and national courts»<sup>3</sup> or, like DE LA FERIA said, it is argued elsewhere that the process is better designated as a one of reverberation<sup>4</sup>. Finally, the difficulty that surrounds the complexity of the relationship between anti-abuse measures in national legal systems, and their compatibility with the European Union legal systems, especially with the practice of fundamental rights contained in the treaty that are a cornerstone in the construction of the European Union.

6. Yet despite the obvious difficulties, the purpose of this paper is none other than the study of anti-abuse doctrines that made the European Court of Justice. Though having great interest in the configuration of the doctrine at national levels, especially the Spanish doctrine, we understand that it is not appropriate to refer to them at this moment, given the limited research that is exclusive to a European Union level. Similarly, bearing in mind that the doctrine of Legal abuse originates in different areas related to fundamental freedoms, our main analysis objective focuses on the practice of freedom enactments. This is because in the practice of this freedom, where they have dictated the most complex declarations of the Court and where they have configured the important concept of a «wholly artificial arrangement» through notorious cases such as *Cadbury*, *Schweppees*, or *Marks & Spencer*. Therefore, this study will focus on the identification, classification and analysis of the jurisprudence delivered by the Court, not only understanding the pioneering judgments in the construction of the doctrine, but also those that have been outlined, clarified, or expanded in the concept or its range of application, and contextualized in the factual circumstances in which the doctrine deals with abuse. In this research, we will try to extract a definition of abuse of law that may be useful to understand, in its innermost structure, what meaning reaches the teleological interpretation of rules and to what extent it influences the behaviour of subjects who are bound to them. The research is not simple, because the Court has had multiple ways of tackling the topic of legal abuse, and not only facing different factual circumstances, which would be understandable and even necessary, but in its evolution, it has treated management requirements asymmetrically that have to be met to reach the conclusion of the existence of abusive practices. Regarding the structure of the work, the start of the investigation will focus on, firstly, the terminological and conceptual study of the generic notion of abuse of law in the jurisprudence of the European Court of Justice, intending to cover the impact of the European Union freedom practices in order to try to conclude with a synthesis of the evolution of this doctrine.

7. The objective deals with the practice of the freedom of establishment and the impact that such exercise has on purely tax contexts, to then conduct a study of EU measures against abusive practices on fiscal matters, which will allow us to analyse the reaction mechanisms that the legal system has created against the practices mentioned and in cases which have been constitutive of justifications for discrimi-

<sup>3</sup> A. ZALASINSKI, “Some basic aspects of the concept of abuse in the tax case law of the European Court of Justice”, in *Intertax*, vol. 36, nº 4, 2008, p.157.

<sup>4</sup> R. DE LA FERIA, “Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law”, in R. DE LA FERIA and S. VOGENAUER (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law: ¿A new general Principle of EU Law?*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2011.

natory treatment, or particularly restrictive of the freedom of establishment. To do this, understanding the factual assumptions which are invoked in the fight against abusive practices in taxation, its jurisprudential treatment, and most importantly, to get to know exactly when we are faced with the existence of a wholly artificial arrangement will allow us to develop, and justify, a concept of abuse of law within the European Union, despite the Court had been alluding to abuse and abusive practices in its rulings for more than forty years and, for a long time, however, the significance of these references was unclear<sup>5</sup>.

## **II. The concept of abuse of law in the jurisprudence of the Court of the European Union: the prohibition of abuse in the European legal order**

### **1. Economic globalization and tax competition: tax planning and the general framework of the anti-abuse case**

8. It is known that the implementation of general and specific anti-avoidance rules in an international environment is complex due to the diversity of legal rules and contexts that must be interpreted strictly<sup>6</sup>. In addition, all reflections on international tax law must involve the study of their integration into the current economic climate, and in this sense, we must have an obligatory reference to globalization or better said, all those sets of social relations that cause different phenomena of globalization<sup>7</sup>.

9. It is evident that by the end of the 20<sup>th</sup> century the economic situation had changed. On the one hand, we are witnessing the phenomenon of the internationalization of the economy as something totally inherent in the normal state of economic operators and, on the other hand, in dominating the idea of a free trade environment, that is fundamental to achieve an increase in economic welfare, national limitations of proceedings have disappeared or have been mitigated to expand market size. Thus, we are helping the well-known process of economic globalization, which we can say is represented by three main concepts; the liberalization of trades in goods markets, the liberalization of capital markets and a revolution in communications and computer technology (ICT), and consists of the progressive integration of the national economy into the international economy, so that its evolution depends increasingly on foreign markets and less on internal national politics, with an extremely high mobility of production factors (especially capital) that culminates in an ever-increasing supranational economic integration.

10. As a result of this economic integration, a growth in the coordination of fiscal politics in multijurisdictional structures has been observed, as well as the establishment of supranational bodies that protect these policies, it is posed a dilemma in the field of taxation: to what extent is this fact limiting the fiscal sovereignty of countries?

11. The analysis of the framework of work of states, in the fiscal sphere, entails that each one of those is sovereign to demand and adjust taxes levied on the income of its residents. This can be brought down to not only taxation of income obtained in the territory of State, but also to even those that can earn from foreign territories.

12. On one hand, the globalization and the absence of the International Tax Authority requires an increased coordination and mutual support between the national tax administrations. And on the other hand, the tax itself, which remains a matter of national sovereignty and implements the competitive po-

---

<sup>5</sup> R. DE LA FERIA, "EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms: From GAAP to GAAR" in G. LOUZENHISER and R. DE LA FERIA (Eds.), *The Dynamics of Taxation*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2020.

<sup>6</sup> V. RUIZ ALMENDRAL, "El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)", Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 143.

<sup>7</sup> B. DE SOUSA SANTOS, "Por una concepción multicultural de los derechos humanos", Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 10-11.

sition of States, which entails the constant search of preferential tax regimes to attract investment into its territory or in tax terms, non-resident tax bases.

**13.** Thus, in the context of rapid growth and mobility, the legislations sometimes remain obsolete or suffer significant gaps in the proliferation of situations for which they were not intended; the generation of new ways of business and the lack of uniformity between the laws within countries can lead to a paradox of which the same acts can be illegal in one country but totally legal in another, so each state can establish their policies to influence in the mobile tax bases<sup>8</sup>, in other words, in those incomes or capitals which can relocate themselves offering the best conditions for foreign investment in a race to the bottom phenomenon.

**14.** It is globalization and the spectacular development of communications that promote and help find the new ways of evading taxes<sup>9</sup> which taxpayers are searching for by forcing tax legal instruments. In the case of the European Union, it is precisely a field where common situations live within a federal space (we refer to the UE freedoms of movement of capital and workers, freedom of establishment and freedom to provide services) with other more typical relations between fully independent States that have also worsened since 2004 by the addition of new countries. This situation has strengthened the fiscal competition between States that in the process, presents two distinguished aspects, on one hand, it speaks of healthy tax competition (referred to as this by the international doctrine) understood as the process of elimination of inefficiencies and the increase in the neutrality in the fiscal systems, executed with the intention to prevent the idea that taxation is an obstacle in the development of economic activities<sup>10</sup>.

**15.** The harmful fiscal tax competition appears in direct confrontation with the previous figure when the fiscal element is used to attract capital or tax bases. This has caused States to create non-corporate establishments with their own tax mechanisms, competing to attract investment projects with a high element of competition in terms of tax awards (tax holidays, favourable regulations, etc.)<sup>11</sup>

**16.** Given the premise that we have seen that each state is sovereign to design their tax regime and establish their level of tax according to their public finance needs. Harmful tax competition appears when unjustified or exorbitant tax advantages appear, that end up being the foundation or at least one of the essential foundations in the location of an activity or income<sup>12</sup>.

**17.** Consequently, tax is going to be put between influencing factors at the time of making economic-finance decisions by operators, whose natural consequence is contemplating international tax planning as an economic strategy that tries to choose or construct a more efficient route to more efficient tax-action, in other words, that which is among all legal viable alternatives, allows to minimize the tax burden as a part of an economic planning and management of subjects. This on a purely competitive level, can become difficult for States to determine the taxable income of taxpayers given the leeway they have<sup>13</sup>, product of the high volume of financial resources likely to being mobilised

<sup>8</sup> J.M. CANTOS, "Consideraciones sobre la competencia fiscal en Europa", in *AA.VV. XVII Encuentro de Economía Pública*, 2010.

<sup>9</sup> F. SERRANO ANTÓN, "Las medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional", in SERRANO/SOLER (Dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, p. 79.

<sup>10</sup> J.M. VALLEJO CHAMORRO, "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", in *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*, nº 825, p. 148.

<sup>11</sup> E. WILDASIN DAVID, "Fiscal Competition", *IFIR Working Papers*, 2005-05, June 2005, p. 1: *the term fiscal competition may evoke images of one state pitted in a contest with another for a high-stakes manufacturing project, with politicians serving up juicy packages of tax holidays, infrastructure projects, regulatory relief, and direct subsidies to entice a firm and advance the cause of economic development, jobs, or other supposedly desirable economic outcomes.*

<sup>12</sup> J.M. VALLEJO CHAMORRO, "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", cit., p. 148.

<sup>13</sup> POLLOCK and SHOUP, "The Effect of Shifting the Property Tax Base from Improvement Value to Land Value: An Empirical Estimate", in *Land Economics*, vol. 53, nº 1, 1977.

and, also, the diversity of quantitative and qualitative offers that are fiscally attractive to preferential regimes. In this sense, the planning moves in a double border: on one hand, it will be understood as an economy of options fully lawful and legitimate<sup>14</sup> conduct and, secondly, since there will be states establishing defence mechanisms that seek to prevent tax erosion derived from tax arbitrage, they will be configured as a synonym of circumvention whose defining element lies in being formally *secundum legem*, but in substance contrary to law; that is, they are illegal to go against the intent of the law without being illegitimate in its own meaning. However, exploitation of the differences between tax regimes and the consequent tax optimization is not necessarily unlawful, so that even its place in fraud schemes in tax law is easy to defend<sup>15</sup>.

**18.** The European Court of Justice has stated, in this respect that the concepts of tax evasion, fiscal fraud and abuse of tax legislation differ between Member States. In the United Kingdom, the concept of tax avoidance is legal, unlike tax evasion, which is illegal. The lack of a general concept of abuse in tax legislation in the UK makes it impossible to establish a common distinction in other Member States between abusive tax planning which is illegal, and simple fiscal planning, that despite being particularly unpopular for tax administration, is legal<sup>16</sup>.

**19.** So, if the question is what should be legitimate tax planning according to the laws in the European Union, it seems clear that the answer to this question should be that all fiscal planning is legitimate as long as it is not abusive but, to be able to defend this hypothesis, it is first essential to establish a detailed criterion to determine when an abuse of rights occurs<sup>17</sup>. In other words, when we could be facing an antisocial exercise of individual rights that has inspired us for no other motive other than reducing tax burdens.

**20.** It is undeniable that we are in an extremely globalised economic situation, where States compete to offer more and better competitive tax options and where the taxpayer has in his favour a variety of options that allows him to have more detailed planning. In the framework of the European Union, they have declared a series of UE freedoms that have had one purpose, which is simply the achievement of the Internal Market and although covered by said liberties, the citizens of the Member States can develop their economic interests they cannot deny the legitimate interest that a Member State may have in preventing some of its nationals, by means of facilities created under the Treaty, improperly circumventing their national legislation<sup>18</sup>.

**21.** Therefore, understanding the concept of abuse of rights is fundamental to understand the true extent of the imposed limitations in international fiscal planning and the exercise of the freedoms within the European Union involved, because by not doing so, unless a Europe free of borders coordinates with the harmonisation of taxes on goods and capital, there will be a reorganization of production on comparative tax advantage rather than on comparative cost advantage<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> A. MONDINI, “Planificación Fiscal y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, Universidad de Bolonia, p. 2.

<sup>15</sup> V. RUIZ ALMENDRAL, “¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el derecho de la Unión Europea)”, in *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, nº 329-330, p. 8.

<sup>16</sup> Judgment of 12 July 1988, *Direct Cosmetics Ltd and Laughtons Photographs Ltd v Commissioners of Customs and Excise* (Joined Cases 138/86 and 139/86) ECLI:EU:C:1988:383, par. 21-24.

<sup>17</sup> Opinion of Mr Advocate General POIARES MADURO delivered on 7 April 2005, *Halifax*, Case C-255/02.

<sup>18</sup> Judgment of 7 February 1979, *Knoors*, (Case 115/78) ECLI:EU:C:1979:31, para. 25.

<sup>19</sup> S. SINN, “The taming of Leviathan: competition among government”, *U.S. Congress, Joint Economic Committee* (Ed.), *Federal expenditure policy for economic growth and stability*, Washington D.C., 1992, pp. 213-219.

## 2. Terminological and conceptual evolution of abuse of rights in the jurisprudence of the Court of Justice in the European Union: the abuse of freedoms of the European Union

### A) The abuse of law within the European Union

22. The concept of abuse of law is not novel at European level, and since the sentencing of *Van Binsbergen*<sup>20</sup>, the Court of Justice of the European Union, without using specifically the term abuse, established the first notes of its jurisprudential construction.

23. This construction, as we have already expressed, has been a process of dialogue between their own Court, and the Member States, carried out fundamentally through the national courts through preliminary rulings, which resulted in them being raised during the course of respective lawsuits.

24. It can therefore be said that the concept of abuse is a product of the search for solutions in the tension between the interests of the Union and national interests in the tribunal field, between the EU's single market and the tax interests of the States<sup>21</sup>.

25. However, it has not been a peaceful dialogue: during the process of constructing the concept, a multitude of terms have been used by the Court as if they were interchangeable, synonyms or including on certain occasions, elements which are indistinct or lacking their own independent meaning. In this regard, in their relative jurisprudence to this question they have used such varied terms such as, avoidance<sup>22</sup>, fraud<sup>23</sup>, evasion<sup>24</sup> or, in a more generally, they have used the term abusive practices<sup>25</sup> reaching to assimilate the concept of fraudulent practices<sup>26</sup>.

26. NOGUEIRA claims that abuse, evasion, avoidance, fraud, abusive planning, illegitimate planning (...) are just some of the terms used to describe those human behaviours which, being carriers of a pathological element, are an affront to the normal operation of the tax system<sup>27</sup>. In addition, the Court is asymmetrical in its treatment of the anti-abuse doctrine, depending on the regulatory context, or fundamental freedoms faced with the rules contained in the Directives that are at stake, showing different levels of power when judging the analysed conduct<sup>28</sup>. In the already summoned Sentence of *Van Binsbergen*, the Court is going to establish a starting point to be kept constant in all its pronouncements and is none other than the fact that stakeholders cannot take advantage of Law within the European Union in an abusive or fraudulent way<sup>29</sup>. This revealed postulate seems obvious, and it is that they cannot deny the legitimate interest that a Member State may have in preventing that, taking advantage of the facilities created by the Treaty, some of their nationals try to abusively avoid the appliance of their national rules<sup>30</sup>, making them unable to gain advantage through abuse or fraudulent conduct<sup>31</sup>. This comes

<sup>20</sup> Judgment of 3 december 1974, *Van Binsbergen* (Case C-33/74) ECLI:EU:C:1974:131.

<sup>21</sup> R. SANZ GÓMEZ, "Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea", Bosch Fiscalidad, 2010, p. 63.

<sup>22</sup> *Van Binsbergen*, cit.

<sup>23</sup> *Direct Cosmetic and Loughtons Photographs Ltd*, cit.

<sup>24</sup> Judgment of 17 july 1997, *Leur-Blomen* (Case C-28/95) ECLI:EU:C:1997:369.

<sup>25</sup> Judgment of 12 march 1996, *Pafitis* (Case C-441/93) ECLI:EU:C:1996:92.

<sup>26</sup> Judgment of 2 may 1996, *Paletta* (Case C-206/94) ECLI:EU:C:1996:182, para. 13.

<sup>27</sup> J.F.P. NOGUEIRA, "Abuso de direito em fiscalidade directa", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, p. 234.

<sup>28</sup> Vid V. RUIZ ALMENDRAL: "¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso?" cit., and R. SANZ GÓMEZ, "Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea", cit.

<sup>29</sup> Vid. *Van Binsbergen*, cit., para. 13, Judgment of 5 october 1994, *TV10* (Case C-23/93) ECLI:EU:C:1994:362, para. 21, Judgment of 10 january 1985, *Leclerc* (Case 229/83) ECLI:EU:C:1985:1, para. 27 and Judgment of 21 june 1988, *Lair* (Case 39/86) ECLI:EU:C:1988:322, para. 43.

<sup>30</sup> *Knoors*, cit., para. 25.

<sup>31</sup> *Paletta*, cit., para. 24.

from reflecting on the main context in which the Court of Justice has analysed the concept of abuse and that is simply to abusively invoke the provisions of European Law, with the aim to obtain advantages in a way that disobeys the purposes and objectives of these dispositions. In other words, you cannot deny an EU Member State the right to adopt provisions to prevent the freedoms guaranteed by the treaty being used for a lender whose activity is entirely or mainly orientated towards their territory, in order to avoid the rules that would be applicable if they were established in the territory of that state.

**27.** However, the use of the UE freedoms to obtain a given application of a favourable legal regime (including tax) is not to be understood by the Court as abusive, instead finding it perfectly legitimate under UE law. This has been stated convincingly when it states that the simple exercise of the UE freedoms within the EU, in the search for beneficial legal regimes, cannot be invoked to justify a general presumption of abusive practises and serve as justification of measures that go against the practise of a fundamental freedom guaranteed by the EU Treaty<sup>32</sup>.

**28.** Therefore, we can state that under the Court, the EU freedoms have become genuine individual rights of economic agents operating in the common market, applicable before the states where these want to carry out an economic activity or investment in their state of residence<sup>33</sup>.

**29.** In this regard, the EU freedoms make up an essential point of reference to determine the objective and spirit of anti-abuse rules established by the EU Member States, it is necessary to understand clearly and concisely that the fundamental objective is constructing an internal market, therefore the integration of legal systems in the EU Member States have a requirement to eliminate or at least diminish the legal barriers that hinder or impede their achievements. The freedoms mentioned above, are access rights to the market and cannot be constituted as abuse when they are practised in a given search context for more beneficial legal or tax regimes<sup>34</sup>.

**30.** Nevertheless, this statement does not solely constitute as a useful instrument for explaining if a right arising from a specific regulation in UE Law can be exploited abusively. For it to be functional, a criterion or a detailed doctrine are required to determine when an abuse occurs. We must bear in mind that, in this context, hopefully the relationship between national anti-abuse rules and EU Law in the European Court of Justice maintains the same position in all fields. Therefore, in the case of a conflict, it will be necessary to ensure the basic principle runs through its jurisprudence, in other words, the unity of UE Law and its interpretation and application should be standardized<sup>35</sup>.

**31.** Therefore, it is fundamental to determine what is the primarily affected right to observe, given the circumstances of each case<sup>36</sup>.

**32.** Given the previous considerations, it is crucial to analyse the doctrine of the Court advancing to the first conceptual reference in the sentencing of *Van Binbergen*, in the field of freedom to provide services, in which the Court confirms that one cannot deny a Member State the right to adopt regulations aimed at preventing the practice of freedoms being used for a lender whose activity is completely, or mainly, orientated towards their territory, to avoid the professional rules that would be applicable if they

---

<sup>32</sup> Judgment of 26 september 2000, *Commission/Belgium* (Case C- 478/98) ECLI:EU:C:2000:497, para. 45; Judgment of 21 november 2001, *X e Y* (Case C-436/00) ECLI:EU:C:2002:704, para. 62; Judgment of 4 march 2004, *Commission/France* (Case C-334/02) ECLI:EU:C:2004:129, para. 27 and Judgment of 12 september 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas* (Case C-196/04) ECLI:EU:C:2006:544 para. 50.

<sup>33</sup> A. MARTÍN JIMÉNEZ, “A Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/anti-abuso del derecho interno”, in *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 7/07, 2007, p. 6.

<sup>34</sup> In this sense, V. RUIZ ALMENDRAL “¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso?”, cit.

<sup>35</sup> A. MARTÍN JIMÉNEZ, “Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/anti-abuso del derecho interno”, cit., p. 7.

<sup>36</sup> Opinion of Mr Advocate TESAURO delivered on 23 september 1997, *Safir*, Case C-118/96, para. 9.

were established in the territory of that state. Without ever using the term abuse, the court makes it clear that the avoidance (although the term that is used in the original version of the sentencing is to avoid<sup>37</sup>) of the national professional rules through an artificial appeal or anomaly of the fundamental freedoms would not be acceptable in law<sup>38</sup>. This sentence, regardless of the decision itself, reflects the first case in which the Court considers the U-turn transactions and cases of Circumvention as alleged abuse of UE Law, tackling the problem of practice of UE freedoms with the aim to avoid the EU Member States rules hoping for the implementation of more beneficial laws.

**33.** So, we come to establish imposing specific requirements to a subject that cannot be considered incompatible with the Treaty (in this case; professional service providers) that are motivated to apply justified professional rules for the general interest that will apply to any person established in the territory of the State where they expect to carry out the benefit, to the extent that the service provider would be free from completing these rules due to the circumstances of being established in another member State<sup>39</sup>.

**34.** However, the Court will thereafter conclude and confirm that when an occupation that has a completely free regime inside an EU Member State is concerned, the requirements to become a resident within that Member State constitute as a restriction that is incompatible with the Treaty. As long as it can meet the required needs of the State of destination, where the practice of professional service providers is concerned, through the use of less stringent measures. Consequently, it cannot prevent the service providers for people settled within another Member State, imposing a permanent residence request in a certain area, when the national law does not subject the service provider to any special requirements, declaring the suppression of all discriminations imposed due to nationality or residency.

**35.** As we can see, the Court from the start is going to leave various clear, defined, and basic aspects that will be held in the following pronouncements. On the one hand, it will not allow UE freedoms to be used abusively with elusive outcomes. Nonetheless, it will prevent the existence of restrictions or discriminations in the proper practice of freedoms imposing limits on the national anti-abusive measures. Hence, when facing the slightest doubt in the alleged analysed fact, the reaction of the Court will be extremely restrictive when ruling the existence of a possible misuse of rights.

## **B) The abuse of law in its application of EU Freedoms**

**36.** As already mentioned in the previous section, regarding the practice of the freedom to provide services, the Court, in *Van Binsbergen*, has set a starting point in its construction of the concept of Legal abuse to confirm that the stakeholders cannot rely on UE Law fraudulently or abusively, although they restrict the law by admitting that the search for a more beneficial legal system cannot invoke to justify a general presumption of abusive practises and to serve the justification of measures that go against the practice of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty.

**37.** Where the free movement of goods is concerned, the Court, in the judgement of *Leclerc*, will use the literal term ‘circumvention’ in their concept of abusive conduct. If we pay attention to its

---

<sup>37</sup> Likewise, a Member State cannot be denied the right to take measures to prevent the exercise by a person providing services whose activity is entirely or principally directed towards its territory of the freedom guaranteed by Article 59 for the purpose of avoiding the professional rules of conduct which would be applicable to him if he were established within that State.

<sup>38</sup> Judgment of 26 november 1975, *Coenen* (Case C-39/75) ECLI:EU:C:1975:162: (...) *Although, in the light of the special nature of certain services, it cannot be denied that a member state is entitled to adopt measures which are intended to prevent the freedom guaranteed by article 59 being used by a person whose activities are entirely or chiefly directed towards his territory in order to avoid the professional rules which would apply to him if he resided in that state, the requirement of residence in the territory of the state where the service is provided can only be allowed as an exception where the member state is unable to apply other, less restrictive, measures to ensure respect for these rules* (para. 9).

<sup>39</sup> *Van Binbergen*, cit., para. 12.

definition, we can see that it is further reiterated in the reference for the term ‘evasion’<sup>40</sup>, as a configuring element of abuse of rights or to be more exact, in the context of analysing the precept, the configuration of the abuse of UE freedoms to achieve the application of a particular legal system. In this judgement, where the interpretation of different rules within the UE Law is analysed, particularly, the free competition in the common market with the aim to be able to assess the compatibility of one national regulation that imposes to all retailers the idea of a fixed price for the editor or the importer for the sale of books, the Court is going to pronounce confirming that it is not prohibited for Member States to adopt a similar legislation. Provided that this legislation respects other specific precepts in the Treaty, especially those that refer to the free movement of goods.

**38.** However, in this case, they constitute as measures that have similar effect to quantitative restrictions on imports that are prohibited by the Treaty. Those measures imposing the policy of prices for the sales of reimported books after having been previously exported to another Member State, except if there is objective information that confirms that these exported books were solely reimported to avoid the legislation. As we can see, the Court again stresses the protection of UE freedom in the debate excluding the exclusive case that objectively may exist; information that leads to the conclusion of the existence of abuse<sup>41</sup>.

**39.** In matters of the free movement of workers, the Court rules in the same line of argument, how we can extract the reasons set out in the judgement of *Lair*<sup>42</sup>, whose argument is based on the concern of preventing certain abuses that could present themselves when there is objective data in the sense that a practice of freedoms exists with only one intention of accepting, through a brief period of activity, a certain aid system<sup>43</sup>.

**40.** The Advocate General TRSTENJAK<sup>44</sup> has stated in the same way, that in the cases where concrete evidence of abuse of Law exists, we must exclude the possibility of accepting it as Rights of the European Union and as the Court of Justice exposed in the judgement of *Commission/Spain*<sup>45</sup>, in relation with the interpretation of the Directive 89/48, the nationals of a Member State cannot take advantage of the possibilities created by the UE Law or try to abusively avoid the application of its national legislations.

**41.** Nevertheless, the Advocate General POIARES MADURO<sup>46</sup> states that one cannot conclude that an abuse of the Law exists when an EU citizen wanted to take advantage of a profession in another more advantageous Member State than that that he studied in.

**42.** TRSTENJAK will conclude stating that, depending on the principles of this jurisprudence, all EU citizens are permitted to practice their rights of free circulation. To guarantee that this occurs, it also corresponds with one of the objectives expressed in the first recital of the Directive 89/48: to abolish, between the Member States the obstacles of the free movement of people. Therefore, the question cannot be analysed if we are effectively facing a case of abuse of rights in the abstract, without considering the objectives of the Directive and will only be able to appreciate its existence when the citizens have not effectively or objectively practised their rights of free circulation.

<sup>40</sup> Definitions verb (tr) to evade or go around; to outwit; to encircle (an enemy) so as to intercept or capture.

<sup>41</sup> Judgment of 21 september 1983, *Deutsche Milchkontor and others* (Joined Cases 205/82 to 215/82) ECLI:EU:C:1983:233; Judgment of 15 may 1986, *Johnston* (Case 222/84) ECLI:EU:C:1986:206; Judgment of 8 february 1996, *FMC and others* (Case C-212/94) ECLI:EU:C:1996:40; and Judgment of 15 june 2000, *Arco Chemie Nederland and others* (Joined Cases C-418/97 and C-419/97) ECLI:EU:C:2000:318.

<sup>42</sup> *Lair*, cit.

<sup>43</sup> We find a similar line of argument in Judgment of 23 march 1982, *Levin* (Case C-53/81) ECLI:EU:C:1982:105; Judgment of 27 march 1985, *Hoeckx* (Case C-249/83) ECLI:EU:C:1985:139; Judgment of 3 june 1986, *Kempft* (Case C-139/85) ECLI:EU:C:1986:223 and Judgment of 3 march 1993, *General Milk Products* (Case C-8/92) ECLI:EU:C:1993:82.

<sup>44</sup> Opinion of Mr Advocate TRSTENJAK, delivered on 2 june 2010, *Koller*, Case C-118/09.

<sup>45</sup> Judgment of 3 october 2008, *Commission/Spain* (Case C-286/06) ECLI:EU:C:2008:586, para. 55.

<sup>46</sup> Opinion delivered on 28 february 2008, *Cavallera*, Case C-311/06.

43. Despite this, the Court is going to go one step further in configuring the concept of abuse including those with similarities to the term ‘fraud’ using the construction abuse of fraudulent conduct to qualify the prosecuted conduct, breaking a classic distinction between both legal concepts<sup>47</sup>.

44. In the *Paletta II*<sup>48</sup> case, in which they argue over the validity of a certificate issued by a medical authority of a Member State (Italy), that grants economic benefits to posted workers for businesses from another State (Germany), the German national court observes that in practice the certificate attesting their incapacity to work, does not always correspond to reality, especially when they understand that they have been abusively issued or obtained. Bearing this observation in mind, the Bundesarbeitsgericht develops a line with case law in which, there is an understanding that abuse exists, an entrepreneur can contest the sincerity of the medical documents that at first show that one is unable to work, usually in a cross-border basis, meaning that the worker should bring additional proof in support of the authenticity of their inability to work. Whilst analysing the case the Court starts to establish, basing it on objective elements, that the national legal systems may consider the stakeholder’s abusive or fraudulent behaviour, and in their case, to refuse them the benefits of the regulations invoked in UE Law.

45. However, the application of the jurisprudence mentioned by the national legal system, dictates that the worker must provide additional tests to support the authenticity of their inability to work by providing a medical certificate. If when the company invokes and tests the mitigating circumstances that allow serious doubt on the worker’s alleged inability to work which happens unexpectedly in a Member State that differs from the competent Member State, and it does not comply with the legal system, the worker would create testing difficulties that the UE regulations were originally aimed at eliminating, as it is not proportionate for the difficulty that it entails.

46. Therefore, in this important pronouncement, the Court confirms that this conduct becomes abusive (or fraudulent) when it can demonstrate itself in such a way based on objective elements; up to now, this approach does not cause any major novelty; however, to determine reliably that such conduct exists, means that they must take into account three essential elements: firstly, that abusive behaviour carried out by investors can be determined objectively; secondly, the aims or objectives intended by the analysed rules, and thirdly, the proportionality in the burden of proof (or procedural element).

47. To be able to determine the existence of an abusive behaviour the same person based on the objective data must demonstrate their existence, using the UE freedoms to obtain a more beneficial legal regime than the one which was evaded; symmetrically, to determine the abuse of a certain rule, the aim or objective must be known, in a way that can rationally conclude that the alleged abusive behaviour effectively moves away from the aim intended by the evaded rule, and lastly, the demand of testing in the way in which the behaviour declared as abusive is protected must be provided and congruent with the UE legal system.

48. Consequently, the position of the Court is reiterated when it seamlessly confirms, that the use of UE freedoms to obtain a certain legal status or the application of a more beneficial regime, will automatically not be considered as abuse.

---

<sup>47</sup> In Spanish doctrine, the expression fraud of law is used to refer also to the concepts of circumvention or abuse of the norm, although this term is modified with the wording of article 15 given in the General Tax Law of 2003, referring to the expression Conflict in the application of the tax regulation: Article 15. Conflict in the application of the tax regulation.1. It will be understood that there is a conflict in the application of the tax rule when the realization of the taxable event is totally or partially avoided or the tax base or debt is reduced through acts or businesses in which the following circumstances concur: a) That, individually considered or as a whole, are notoriously artificial or inappropriate for the achievement of the result obtained. b) That their use does not result in relevant legal or economic effects, other than tax savings and the effects that would have been obtained with the usual or own acts or businesses.

<sup>48</sup> Judgment of 2 may 1996, *Paletta II* (Case C-206/94) ECLI:EU:C:1996:182.

49. And it is clear that the conclusion that can be extracted from the present rulings is that the citizens of the Member States are permitted to carry out their rights and freedoms that the UE legal system<sup>49</sup> grants them, choosing the regime that will be the most beneficial, without a priori, such behaviour could be considered as abusive. It is essential that another defining element be added to the legal construction of the concept that defines abuse of rights, providing it with a material content that allows us to distinguish when we are facing an abusive practice of EU freedoms to obtain the circumvention of a certain detrimental legal regime. This element will be defined by the Court in their different rulings in matters related to the freedom of establishment.

50. The Court of Justice has confirmed repeatedly that the concept of establishment is very broad and implies the possibility that a UE citizen has a stable and continuous participation in the economic life of a Member State that is different to the State of origin, benefitting itself and encouraging the economic and social integration in respect of self-employed activities within the UE<sup>50</sup>.

51. Additionally, the freedom of establishment operates in a dual sense: on one hand, ensuring that whichever national of a Member State (whether it's an individual or a legal entity) enjoys the national treatment in the hosting State and on the other hand, ensuring that the State of origin does not obstruct one of its nationals or a company incorporated under its legislation<sup>51</sup> in the hosting State. Therefore, in respect to the freedom of establishment it's going to limit both the policy-making capacity in the State of origin, as well as the policy-making capacity of the State of establishment. In this regard, this freedom has become fundamental in the construction of the jurisprudence, in matters of abuse of rights by the Court of Justice, as it has been about to remain patent in renowned judgements such as *Cadbury Schweppes*<sup>52</sup> or *Marks & Spencer*<sup>53</sup>, amongst many others.

52. One of the first complete definitions of the concept of establishment carried out by the Court we will find in its literal form in the Judgment of *Factortame II*<sup>54</sup>, in which it is noteworthy that the concept of establishment involves the effective practice of an economic activity by means of a permanent installation in another Member State for an indeterminate duration. From this definition we can extract that the court understands that it is imperative in order for a real establishment of a Member State to exist, that they require a convergence of firstly, the effective and real development of an economic activity that is developed with sufficient material means and secondly, that it is developed in an indefinite amount of time, although this last requirement is arguable with regards to whether the indefinite amount of time is extensive enough to not be considered sporadic.

53. To give the answer to this argument the Advocate General DARMON, in his presented conclusions<sup>55</sup> in the *Daily Mail* case, confirmed that to understand that a real establishment exists they must have practiced an economic activity with character, which if not permanent, was at least long-lasting.

54. However, this stance has various nuances in the jurisprudence of the Court: in *Centros*<sup>56</sup>, a newspaper whose main objective centres in a danish marriage, and resides in Denmark, that decides to carry out business activities in the Danish State operating as an English private limited company and fully subjected to English Law, with the intention to avoid the application of rules on minimum capital requirements in Danish Law. Because of this, and although both the effective direction of their principal place

---

<sup>49</sup> J. LABEAGA AZCONA, "La adaptación de la regulación del derecho tributario general al Ordenamiento comunitario, Comisión para el estudio de la adaptación del derecho tributario al comunitario", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011.

<sup>50</sup> Judgment of 21 June 1974, *Reyners* (Case 2/74) ECLI:EU:C:1974:68.

<sup>51</sup> Judgment of 16 July 1998, *ICI* (Case C-264/96) ECLI:EU:C:1998:370, para. 21.

<sup>52</sup> Judgment of 12 September 2006, *Cadbury Schweppes PLC* (Case C-196/04) ECLI:EU:C:1998:370.

<sup>53</sup> Judgment of 13 December 2005, *Marks & Spencer* (Case C-446/03) ECLI:EU:C:2005:763.

<sup>54</sup> Judgment of 25 July 1991, *Factortame II and others* (Case C-221/89) ECLI:EU:C:1991:320.

<sup>55</sup> Opinion delivered on 7 June 1988, *Daily Mail*, Case 81/87.

<sup>56</sup> Judgment of 9 March 1999, *Centros* (Case C-212/97) ECLI:EU:C:1999:126.

of business of said company took place in Denmark, the shareholders preferred to operate under a private limited company subjected to British Law and with their registered office in England. The litigation arose when requesting the registration of a branch of said company in Denmark (a branch that, in fact, was going to be the main establishment of the company since the effective direction of the company and its principal place of business is centred there). The Danish authorities refuse this application for registration using the main argument that the company interested has their centre of economic activities in Denmark, without carrying out any economic activity in the United Kingdom and their only intention in constituting as a company under British Law, is to evade the relative Danish regulations to limited liability companies.

**55.** The Court, in its decision, proceeds to point out that freedom of establishment conferred by Article 52 of the Treaty to UE nationals includes the right to take up and pursue activities as self-employed persons, as well as when administrating and setting up companies in the same conditions as those defined by the State legislation for its own nationals; moreover, article 58 of the Treaty, equips individuals, nationals of Member States, companies constituted in accordance with the law of a Member State and whose head office, central administration is found in the European Union. It continues to affirm the fact that a national of a Member State that wants to create a company, choses to from it in another Member State whose regulations on rights of companies seem less harsh and open up branches in other Member States and cannot constitute as an abuse of establishment rights. In effect, the rights of forming a company in accordance with the Member State's legislations and creating branches in other Member States is inherent in the exercise of established freedoms that are guaranteed by the Treaty within a unique market, without requiring the first stage of protection of the freedoms analysed.

**56.** This argument maintains the same position that was sustained in the *Segers*<sup>57</sup> case, emphasizing that the national provisions from which stakeholders have sought to avoid, are rules governing the formation of companies and not rules concerning the exercise of certain activities.

**57.** Moreover, the provisions of the Treaty relating to the freedoms of establishment have a purpose precisely to allow companies incorporated under the Member States legislations and whose head office, central administration and principal place of business is found within the European Union, practiced through an agency, branch or subsidiary activities in other Member States.

**58.** The fact that a company does not practice any activity in the Member State where it has its registered office and develops its activities solely in a Member State of one of its branches is not enough to demonstrate the existence of an abusive and fraudulent behaviour.

**59.** Because of this, it will end up deciding that the UE system is quite clear in relation to companies that can benefit from the freedoms of establishment constituted in accordance with the legislation of a Member State and whose head office or principal place of business is found within the European Union, denying that the behaviour in question is abusive: its inherent to an integrated European market, where each state has their own system, that the operators chose the one that suits them best<sup>58</sup>.

**60.** However, this interpretation does not exclude the authorities of the affected Member State from adopting whichever appropriate measures to prevent or sanction fraud when they can demonstrate that, what they want from the formation of a company is to evade their obligations towards private or public creditors established in the territory of the affected Member State.

---

<sup>57</sup> Judgment of 10 July 1986, *Segers* (Case 79/85) ECLI:EU:C:1986:308, para. 13 (...) *the right of establishment includes pursuant to article 58 of the eec treaty, the right of companies or firms formed in accordance with the law of a member state and having their registered office, central administration or principal place of business within the community to pursue their activities in another member state through an agency, branch or subsidiary. With regard to companies , it should be noted that it is their registered office in the abovementioned sense that serves as the connecting factor with the legal system of a particular state , as does nationality in the case of natural persons.*

<sup>58</sup> *Segers*, cit.

**61.** Effectively, the fact that the Court understands contrary to law, the non-recognition of the constitution of a company under the terms set forth in *Centros*, it does not prevent it arguing that, the society itself could constitute a wholly artificial arrangement, and also, an abusive practice of the freedom of establishment, because as they try to support the ECJ rulings on the discern between the freedom of establishment and the effective realization of a real and valid economic object in a first level of protection, it would enter in a second area of analysis.

**62.** In this regard, the judgement of *Cadburys Schweppes* is of utmost importance, and for that matter, the conclusions presented by the Advocate General LÉGER<sup>59</sup>. In this sentence, the Court will convincingly confirm that in order for a restriction on freedoms of establishment to be justified by motives in the fight against abusive practices, the specific objective of such a restriction must be opposing to consistent behaviours in creating purely artificial arrangements, of which do not reflect economic reality, and which have the objective to evade taxes normally owed by the activities that the shareholder carries out in their State of origin, also seeking to equate the activities which do not reflect economic activity such as letterbox or front subsidiaries<sup>60</sup>.

**63.** In a logical conclusion from the Court's arguments, it appears clearly and convincingly that the UE citizens cannot take advantage of or justify themselves in geographic mobility that guarantees them the provisions of UE rights with the sole intention of evading their respective national tax regimes. This would constitute as the abusive use of the rights of establishment that would justify restrictive measures on behalf of the national governments who aim to eliminate possible tax evasion<sup>61</sup>.

**64.** To define the expression wholly artificial arrangement will be, without a doubt, the essential requirement to distinguish when the stakeholder is using the practice of freedoms of establishment abusively. For this, the Advocate General LEGER considered a test based on three fundamental elements that would serve to distinguish the wholly artificial arrangements from those arrangements which aren't.

**65.** Firstly, it deals with the degree of physical presence of the subsidiary in the host State, secondly, the genuine nature of the activity provided by the subsidiary and, finally, the economic value of that activity to the parent company and the entire group, although the development of this test will be dealt with in depth in the next chapter of this work.

**66.** Therefore, from the perspective of the practice of UE freedoms, the case-law of the concept of abuse of law has been based until now and almost exclusively, on determining which circumstances UE freedoms can be considered as being used to obtain a more beneficial legal regime than the evaded, using for it artificial or anomalous resources for the fundamental freedoms without establishing a clear conceptual structure due to the synonyms that are used to define prosecuted behaviour.

**67.** The court exclusively focuses on determining that the practice of a right conferred by the European Union will be abusive when it's used irrationally with the intention of obtaining illegitimate profits<sup>62</sup> and that the UE legislation cannot extend to reach and cover abusive practices by economic operators<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Opinion delivered on 2 may 2006, *Cadbury Schweppes*, Case C-196/04.

<sup>60</sup> Judgment of 2 may 2006, *Eurofood* (Case C-341/04) ECLI:EU:C:2006:190, paras. 34 y 35.

<sup>61</sup> J.M. IGLESIAS CASAIS, "No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea", Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 223.

<sup>62</sup> L. DE BROE, "International Tax Planning and Prevention of Abuse", IBFD, Amsterdam, 2008, p. 754.

<sup>63</sup> Judgment of 11 october 1977, *Cremer* (Case 125/76) ECLI:EU:C:1977:148, para. 21: *further, it appears from the answers to the second and third questions that the scope of Regulation No 166/64 and Regulation No 171/64 must in no case be extended to cover abusive practices of an exporter in taking advantage of the flat-rate assessment in calculating the refunds especially as at the time it was not a question of adopting a comprehensive set of rules but only of creating a frame-work within which the national authorities were to regulate the market for the products in question at their own discretion.*

68. In conclusion, it can be confirmed that even though in the context of the practice of UE freedoms studied up until now, the concept of abuse the Court of Justice constructed does not differ in excess from the general concepts existing in the different national legal systems in the Member States, the threshold requirement in its application that the Court has structured is without any doubt, much higher than that proposed by the Member States. This which is explained by the Court is a guarantor of the UE freedoms and is a direct consequence of the existence of clear competition between states, for it not to exist, or for harmonized rules to exist, could possibly bring the eradication of forced operations that are nothing but the natural practice of UE freedoms.

### 3. Synthesis of the evolution of the jurisprudence of the Court of Justice in the European Union

69. As we have been able to confirm, the jurisprudence sustained by the Court in most of its judgements, seems to solely admit those anti-abuse rules whose aim is to dismantle artificial or abnormal behaviours without real economic substance, that have been plotted to obtain an advantage or benefit that had not existed without this abusive behaviour and that with respect to the effected analysis of the practice of UE freedoms, no abuse is made. Therefore, it is undeniable that all anti-abuse rules must determine a connection between the intended purpose of the circumvented rule and that pursued by whoever exercises their right aimed at obtaining a benefit or advantage. From what has been studied until now, we can conclude that, in general, two main stages can be seen in the jurisprudence of the Court of Justice in the European Union in the construction of the concept.

70. Firstly, the Court systematically recognises that the rights that the UE legal system confers cannot be used abusively by using different terms for them that although can bring confusion for their different content, when properly contextualized become synonyms of the same misuse of the UE legal system.

71. Because of this, it is set that UE freedoms cannot be used in an abusive (or fraudulent, evasive, elusive, or in terms of circumvention) way to obtain a certain more beneficial legal regime than that evaded, using artificial or abnormal resources. In accordance with this, the Court extends that the assessment of the existence of abuse demands the interpretation of UE Law, since they could never be considered as abusive behaviours that form part of the essential content of the recognised laws by the UE Law subjects<sup>64</sup>.

72. To determine the existence of an abusive behaviour, it must be legitimate and be covered by UE provisions, but that, in essence, strays from the purpose or the real objective of the provision that covers the behaviour facing the circumvented rule using it for abnormal or artificial resources in the practices of fundamental freedoms.

73. Subsequently, the construction of the concept of abuse of rights by the Court will reach towards the first finished formulation, or, in other words, the first test of abuse that will require the concurrence of certain elements in order to condemn the existence of an abusive behaviour. A verifiable element, formally legitimate and that is covered by the UE provisions, but that essentially strays from the purpose or the real objective of the provisions that protect the behaviour facing the circumvented rule; that in conclusion, requires the proof that these conditions have created artificially and have a purpose different to that envisaged by the rules.

74. This will require an analysis to be made case by case, both in the meaning and intended purpose of UE law and the behaviour of prudent operators that manage its affairs in compliance with legal standards and in accordance with the current commercial and economic practices in force in the sector concerned.

---

<sup>64</sup> A. MARTÍN JIMÉNEZ, "Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/anti-abuso del derecho interno", cit., p. 9.

75. A subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the UE rules by intentionally creating conditions to obtain it. Requiring the fact that the de facto operation or formulation that has been carried out essentially to obtain a benefit incompatible with the UE Rules. A procedural element relative to the burden of proof, that would correspond to the national administration and that must respect, at all times, the criterion of proportionality although, in more serious cases it may be permitted an investment of its own load. The inexistence of an anti-abuse UE rule means that they can be the general clauses of the regulations of the Member States may apply in the judgements of the foreseeable abusive behaviours, although, to consider them in this way, they must be absolutely compatible with their own UE system and the practice of the fundamental freedoms, in a clear consequence of the primary principal and the direct effects of it.

### III. The jurisprudential doctrine on the abuse of rights on tax matters

#### 1. UE measures against abusive practices regarding tax

76. We have discussed in this work up until now, the general policy that the European Court of Justice follows in the construction of their doctrine on anti-abuse matters, particularly referring to the practice of UE freedoms. However, it is necessary to continue the analysis, with the risk of repeating some arguments already mentioned, by briefly examining the UE anti-circumvention policy on tax matters which was implemented a few years ago with the purpose of later examining the ECJ doctrine on this practice of freedom of establishment.

77. In this sense, having also already insisted on the fight against harmful tax competition, in a Commission Communication in 2001<sup>65</sup>, it warned that the European Union must focus particularly on the practical problems for the individuals and companies that operate inside the Interior market and without a doubt this task should be accompanied by measures that help the Member States to fight against fraud and tax evasion. It cannot accept double taxation due simply to the cross-border nature of the economic activity, but by eliminating it, it must not create possibilities of tax avoidance.

78. The Commission<sup>66</sup> is going to outline some ways of coordination and cooperation between Member States which in recent years could afford to reach their objectives in tax matters and protect their tax bases, also fulfilling their obligations that are set out under the Treaty and guaranteeing the elimination of double taxation.

79. In this regard, and in respect to the application of the provisions against tax avoidance, it considers that derived from the case law of the European Court of Justice its necessary to find the right balance between the public interest of combatting abusive practices and the necessity to avoid an exaggerated restriction of cross-border activities inside the European Union, effectively coordinating the application of anti-abuse measures in order to protect the fiscal interests of the Member States practices<sup>67</sup>. In this way and given that the actions against the abusive practices cover a wide range of provisions, measures and practices, some Member States apply a generic notion of anti-abuse practise based on the legislation or development of the jurisprudence, whilst others apply more specific provisions, such as those relative to controlled foreign societies or the undercapitalisation, destined to protect the national tax base against some kinds of more specific types of erosion.

---

<sup>65</sup> Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and The Economic and Social Committee, Tax Policy in the European Union - Priorities for the years ahead, COM (2001) 260 final, Brussels, 23.05.2001.

<sup>66</sup> Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and The Economic and Social Committee, Co-ordinating Member States' direct tax systems in the Internal Market, COM (2006) 823 final, Brussels, 19.12.2006.

<sup>67</sup> Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and The Economic and Social Committee, The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries, COM (2007) 785 final, Brussels, 10.12.2007.

**80.** Specific rules and regulations also exist against abusive practices, such as those that prevent the application of the credit method facing the exemption method in certain cross-border situations or those specifically directed at the passive investment in other countries<sup>68</sup>.

**81.** Many Member States enforce in this scope a combination of general and specific provisions, this is because the secondary legislation from the European Union does not contain proper anti-abuse laws but what they do provide is the authorization to Member States for them to develop and enforce these types of regulations in specific assumptions in a way which the Directives form the compatibility standards with them<sup>69</sup>.

**82.** In this policy, it has been the Directives that harmonise certain aspects of tax matters of which contain certain generic mechanisms for action against abuse of profits and rights contained in the legislation such as, for example in direct tax matters, the Directive 90/434/CEE on 23<sup>rd</sup> July 1990<sup>70</sup>, relating to the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares between companies in different Member States. It provides, in its article 11.1, the possibility to deny tax benefits to those operations whose main objective is to commit a fraud or evade taxes like what is available in the Directive 90/435/CEE of 23<sup>rd</sup> July 1990, relating to common system of taxation applicable to the parent companies and subsidiaries of different Member States in their article 1.2.

**83.** On the other hand, Directive 2003/48 CE of 3<sup>rd</sup> June 2003<sup>71</sup> on taxation of savings income in the form of interest payments that, although does not contain any prediction on matters of abuse in its recital 3 stating that in accordance with Article 58 paragraph 3 of the Treaty, the provisions of tax law of Member States to combat fraud or abuse must not form a means of arbitrary discrimination nor a disguised restriction on the free movement of capital and payments defined in Article 56 of the Treaty.

**84.** Directive 2003/49/CE of 3<sup>rd</sup> June 2003 relating to the common system of taxation applicable to interest and royalty payments between associates from different Member States, that collect diverse anti-abuse measures such as the contents in article 1.4, relating to the clause of the beneficial owner and article 1.10, relating to the minimum period of stay. And lastly, mentions their article 4 that establishes certain causes for exclusion of payments as interest or royalties and in article 5 that contains a specific clause on matters of abuse.

**85.** On 28<sup>th</sup> January 2016, the Commission presented its proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive as part of the Anti-Tax Avoidance Package. On 20<sup>th</sup> June 2016, the Council adopted the Directive (EU) 2016/1164 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market. In order to provide for a comprehensive framework of anti-abuse measures the Commission presented its proposal on 25<sup>th</sup> October 2016, to complement the existing rule on hybrid mismatches. The rule on hybrid mismatches aims to prevent companies from exploiting national mismatches to avoid taxation. In addition to the proposal the Commission also published its Staff Working

---

<sup>68</sup> For example, Until the adoption of Law 540 of 29 April 2015, no general statutory rule to combat abuse existed in Denmark. However, case-law developed the ‘reality’ principle, under which taxation must be determined on the basis of a specific assessment of the facts. This means in particular that artificial tax arrangements may, depending on the circumstances, be set aside so that taxation takes account of reality, under the principle of substance over form. Case-law has also developed the ‘rightful income recipient’ (rette indkomstmodtager) principle. This principle is based on the fundamental provisions relating to taxation of income, set out in Paragraph 4 of the *statsskatteloven* (Law on State tax), which have the effect that the tax authorities are not obliged to accept an artificial separation between the income-generating undertaking or activity and the allocation of the income deriving therefrom. This principle is therefore intended to determine the person who — regardless of formal appearances — is the real recipient of certain income and thus the person who is liable for tax on it.

<sup>69</sup> F.A. GARCIA PRATS, “Las medidas tributarias anti-abuso y el derecho comunitario”, in SERRANO/SOLER (Dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, p. 185.

<sup>70</sup> DO L 225, 20 august 1990.

<sup>71</sup> DO L 157, 26 june 2003.

Document. The Anti-Tax Avoidance Directive contains five legally binding anti-abuse measures, which all Member States should apply against common forms of aggressive tax planning.

86. With everything from the analysis of anti-abuse rules contained in the Directives it can be concluded that aim to define the application of national anti-abuse provisions, anticipating that they cannot practice the laws and profits contained within them when their practice, apart from being the standard objective, is to carry out their practice with abusive intent, collecting this idea in the doctrine of the Court expressed in such important matters, in these effects such as *Halifax*<sup>72</sup> or *Cadbury*<sup>73</sup>, authorising these national rules that continue to avoid purely artificial arrangements or that restrict the abusive use of UE freedoms, as we will conclude further on in this work.

## 2. The fight against abusive practices such as justification of tax discriminatory or restriction of freedom of establishment rules

87. As we have had the opportunity to confirm the fact that investors cannot take advantage of UE rights abusively or fraudulently, constitutes an axiom that the Court of Justice of the European Union has maintained in all its declarations. *A contrario sensu*, the simple practice of UE freedoms in the search for beneficial legal regimes cannot invoke to justify a general presumption of abusive practices and serve as justification as measures that go against the practice of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty, in which the balance between the practices of rights derived from the UE system and, especially against abuse of fundamental freedoms, form the core of the abuse doctrine of the Law of the Court.

88. The Member States must reach their objectives in fiscal matters and with the aim of protecting their tax revenues, may resort to the application of anti-abuse measures to prevent erosion through the practice by stakeholders, whose freedoms and rights are protected under the Treaty of the European Union. Moreover, the need to preserve the balance in the distribution of the Court's power between Member States may also serve to defend the validity of internal fiscal regulations against abusive practices that search to protect national tax bases against those behaviours of the subjects that could cause its erosion, or a transfer of them towards other more advantageous tax jurisdictions.<sup>74</sup>

89. However, it must always be done by fulfilling the obligations under the Treaty and guaranteeing the compatibility of their national rules with the UE system, these anti-abuse measures configure as specific legal propositions that in certain assumptions apply a specifically more onerous regime, with the objective to avoid or make tax avoidance less appealing<sup>75</sup> could eventually produce a restriction on some of the UE freedoms or a situation of discrimination.

90. Effectively, the application of the anti-circumvention rules may lead us to the existence of an obstacle to the effective attainment of the internal market and therefore, on the basis that UE freedoms constitute as an essential point of reference in its construction, while they configure as access rights to it, there is no doubt that the more they expect to avoid abusive conduct, they may constitute an obstacle to market access.

91. In this sense, and in respect to the application of the provisions against tax avoidance, one of the mechanisms for analysing the admissibility of national anti-abuse tax rules against the free practice

<sup>72</sup> Judgment of 21 february 2006, *Halifax* (Case C255/02) ECLI:EU:C:2006:121.

<sup>73</sup> *Cadbury Schweppes*, cit.

<sup>74</sup> J.M. IGLESIAS CASAIS and N. LOBATO MOSQUERA, "La vigencia del principio de territorialidad fiscal como mecanismo corrector de la extensión de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales de los Estados miembros", in *Documentos* nº 9/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013.

<sup>75</sup> R. SANZ GÓMEZ, "Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea", cit., p. 21.

of rights designed under the UE *acquis* which on one hand constitutes as the teleological interpretation of the UE's **own freedoms and the secondary** UE law, and on the other hand, as the existence of causes of justification of the existence of a restrictive or discriminatory treatment with regards to the practice of such rights and freedoms.

**92.** Because of this, it's necessary that the Court carries out a thorough analysis of the causes of justification that allow such measures that at the start may be qualified as discriminatory or restrictive, may be declared compatible with the UE legal system.

**93.** As we have already mentioned, the Court has had the opportunity to express that the need to avoid tax evasion cannot justify a discriminatory or restrictive treatment of the fundamental freedoms but that they can only admit such measures if, on the basis of rule of reason<sup>76</sup>, they are justified for a matter of overriding general interest being obliged that their application is suitable to guarantee the completion of the intended purpose and not go beyond what is necessary to achieve it<sup>77</sup>.

**94.** Thus, their way of thinking will begin by analysing if it produces a restriction of a fundamental freedom or if there has been a discriminatory effect and in this respect, the distinction of the assumptions of discrimination and restriction has been the subject of an interesting doctrinal reflection: whilst discrimination implicates the essential comparison of two diverse situations that, such as, IGLESIAS CASAIS confirms, takes as its starting point the distinction between residents and non-residents, so that the diversity of tax treatment between the two is fully justified on the basis that both are in no comparable situations<sup>78</sup>, the restriction does not require such comparison, but a simple analysis of whether the measures in question suppose an obstacle for the achievement of a UE freedom. This distinction would implicate that the way of reasoning should be different treating one or another question, as evidenced by Advocate General GEELHOED in his findings in the *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*<sup>79</sup> case, although what is certain is that, despite the doctrinal distinction, this has not had too many implications in the jurisprudence of the Court.

**95.** Therefore, to carry out a thorough analysis on the substantial differences between the concepts restriction and discrimination is not relevant to this study, particularly when the Court usually alludes to expressly describe a measure as discriminatory<sup>80</sup> and this can be understood as a waiver to apply this distinction in tax matters.

**96.** However, what is of interest to our study is, as we announced at the beginning of this section, the fact that the Court recognises the possibility to restrict the fundamental freedoms in cases of abuse, and from this perspective, the freedom that has had its greatest impact on the legal systems in the Member States is, without a doubt, the freedom of establishment, because it is built on the most relevant case law, that is being studied in the present work. In the words of the Court the concept of establishment, in the sense of the Treaty, is very broad and implies the possibility that a UE citizen has a stable and continuous participation in the economic life of a different Member State than the hosting State, and that it benefits from favouring economic and social interpenetration within the UE in the field of self-employment activities<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> E. ROTH, "The Rule of Reason Doctrine in European Court of Justice Jurisprudence on Direct taxation", in *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, vol. 56, n° 1, 2008, pp. 73 y 74.

<sup>77</sup> Judgment of 30 november 1995, *Gebhard* (Case C-55/94) ECLI:EU:C:1995:411, para. 37; Judgment of 15 may 1997, *Futura Participations and Singer* (Case C-250/95) ECLI:EU:C:1997:239, para. 26; Judgment of 11 march 2004, *de Lasteyrie du Saillant* (Case C-9/02) ECLI:EU:C:2004:138, para. 49.

<sup>78</sup> J.M. IGLESIAS CASAIS, "No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea", cit., p. 65.

<sup>79</sup> Judgment of 13 march 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (Case C-524/04) ECLI:EU:C:2007:161 and Opinion delivered on 29 june 2006.

<sup>80</sup> V. RUIZ ALMENDRAL, "Tax avoidance and the European Court of Justice: ¿What is at stake for European general Anti-Avoidance Rules?", in *Intertax*, vol. 33, n° 12, 2005, p. 569.

<sup>81</sup> *Gebhard*, cit., para. 25.

**97.** This agreement on the basic content of the freedom of establishment was already raised by the Advocate General DARMON, in his findings<sup>82</sup> in the *Daily Mail* case, where established that the concept of establishment itself is essentially an economic one and it always implies a genuine economic link. The transfer of the central management and control of a company, understood by reference to criteria which are more economic than legal is covered by the right of establishment in so far as it is necessary to determine in concrete terms the economic centre of gravity of the undertaking. Thus, the concept of central management and control corresponds not merely to the physical location of the principal administrative services but also, and perhaps principally, to the place from which the company is actually run. The real head office is normally the place where the company's central management and administration is located, since that is the place in which the decisions concerning the company's independent activity are made and from which that activity is set in motion; in other words, it is the centre from which that activity is exercised. For the first time, it is stated that establish oneself is to integrate in a national economy through two basic aspects that are the physical settlement and the practice of an economic activity, both with character, which if not permanent will at least be long lasting.

**98.** According to IGLESIAS CASAIS, the substance of the freedom of establishment can be summarised firstly in a mandate of non-discrimination or national treatment of the citizens from Member States, that guarantees them the application of the same conditions that apply to nationals, in the access to the practice of a non-paid activities when they want to establish themselves in another Member State and secondly in the prohibition of existence of whatever restriction or obstacle to its practice based on the nationality or residence that derives from the application of the internal provisions of the Member States, the enforcement of rules of non-public nature which is intended to regulate self-employment collectively and the provision of services and, finally, those resulting from administrative practices<sup>83</sup>.

**99.** Thus, once the substantive content of freedom of establishment is defined, we then need to consider what is the reasoning of the Court to determine when we are facing an abusive practice of said freedom or, in other words, when can a national anti-abuse rule that is restrictive or discriminatory be considered justified in accordance with UE law, for the practice of that freedom of establishment. To do this, as we move to the beginning of this paragraph, the mode of reasoning by the Court will begin by analysing if it produces a restriction of a fundamental freedom or if there has been a discriminatory effect in understanding that there is no doubt on the cross-border nature of the matter.

**100.** The line of reasoning followed that is explained clearly in the following quote from *Centros*: the national measures that may hinder or make the practice of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty less appealing, must bring together four requirements: they must be applied in a non-discriminatory manner, that are justified by a matter of overriding general interest that is suitable to ensure attainment of the objective that they pursue and not go beyond what is necessary to achieve that objective<sup>84</sup>. That is to say, the proportionality involves the adaptation of means to its aims, the suitability of the instruments used, and its character needed and limited to achieve the objective in question.

**101.** In this line, the Court shall verify compliance with this requirement, a test of compatibility of the anti-abuse rule with the UE system named rule of reason or simply and plainly, test of abuse that in its first expression, will analyse if the objective pursued by the quoted anti-elusion rule is legitimate and congruent with the ultimate goal (that must be, without any doubt, a motive of general interest).

**102.** In the *Cadbury*<sup>85</sup> case in which it is subject to question the compatibility with UE law of specific legislation on so-called controlled foreign companies, the UK Government shall support that

<sup>82</sup> Opinion delivered on 7 June 1988, *Daily Mail*, Case 81/87.

<sup>83</sup> J.M. IGLESIAS CASAIS, "No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea", cit., p. 133.

<sup>84</sup> *Centros*, cit., para. 34.

<sup>85</sup> *Cadbury Schweppes*, cit., para. 51, leaning on *ICI*, cit., para. 26; Judgment of 12 December 2002, *Lakhorst-Hohorst* (Case C-324/00) ECLI:EU:C:2002:749, para. 37; *de Lasteyrei du Saillant*, cit., para. 50, and *Marks & Spencer*, cit., para. 57.

this rule has the objective to fight against a special form of consistent tax evasion in which a resident company artificially transfers profits from a Member State in which they have been obtained, to a State with a reduced level of taxation through the creation of a subsidiary and the attainment of operations destined mainly to effect that transference of profits of the subsidiary.

**103.** The Court, giving answer to the UK's approach, shall admit that effectively, a national measure that restricts the freedoms of establishment can be justified where it specifically targets wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the law of the Member State concerned.

**104.** As we can see, the demand for a specific object that is legitimate, and is congruent with overriding public interest entails a first proper exam in which the Court strictly applies; it has systematically rejected the argument of the existence of a risk of fraud or evasion, or including the aim of assuring or protecting the tax revenue, to accept restrictive or discriminatory anti-elusive measures, as we can observe in ICI when it establishes that it must note that the decrease of taxes resulting not among the reasons mentioned in the article 56 of the Treaty and cannot be considered as an overriding public interest that can be invoked to justify unequal treatment in principle incompatible with Article 52 of the Treaty<sup>86</sup>.

**105.** They will, among others, be the principle of fiscal territoriality, to base it on what different countries build their tax system on, the need to ensure fiscal coherence<sup>87</sup> in other words, there unity between the measures and the intended aims in the regulations of each tribute, the need to preserve the balance allocation of taxing rights<sup>88</sup> the need to guarantee the efficiency of the tax controls<sup>89</sup> and the fight against abusive practices derived from the practice of UE freedoms (or the rights of the European Union) the causes of justification of the adoption of measures that can be characterised as restrictive or discriminatory that the Court has supported repeatedly<sup>90</sup>.

**106.** As we have had the opportunity to define the simple practice of UE freedoms, in the search for a more beneficial legal regime it cannot be invoked to justify a general presumption of abusive practise and serve as justification to measures that go against the practice of a fundamental freedoms guaranteed by the Treaty, however these must pursue, without any room for doubts, the defence of an overriding public interest that is considered compatible with the UE system.

**107.** The second analysis consists of studying if the anti-abuse measure adopted is suitable to attain the legitimate objective pursued. Continuing with the *Cadbury* case, the Court refers to it in paragraph 59 in the sentencing to affirm that by providing for the inclusion of the profits of a CFC subject to [a] very favourable tax regime in the tax base of the resident company, the legislation on CFCs makes it possible to thwart practices which have no purpose other than to escape the tax normally due on the profits generated by the activities carried on the national territory. (...) Such legislation can achieve, therefore, the purpose for which it was adopted.

**108.** The States have the tendency to configure anti-abuse rules with the widest possible scope in a legitimate protectionist framework in their fiscal interest, but what becomes evident is that the Court

<sup>86</sup> *ICI*, cit., para. 28.

<sup>87</sup> Judgment of 28 January 1992, *Bachmann* (Case C-204/90) ECLI:EU:C:1992:35, *Commission/Bélgium*, cit., and Judgment of 23 October 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (Case C-157/07) ECLI:EU:C:2008:588.

<sup>88</sup> Judgment of 29 March 2007, *Rewe Zentralfinanz* (also known as *Cassis de Dijon*) (Case C-347/04) ECLI:EU:C:2007:194, Judgment of 18 July 2007, *Oy AA* (Case C-231/05) ECLI:EU:C:2007:439, Judgment of 8 November 2007, *Amurta* (Case C-379/05) ECLI:EU:C:2007:655 and Judgment of 18 June 2009, *Aberdeen* (Case C-303/07) ECLI:EU:C:2009:377.

<sup>89</sup> *Futura Participations and Singer*, cit., para. 31, and Judgment of 8 de July 1999, *Baxter and others*, Case (C-254/97) ECLI:EU:C:1999:368, para. 18.

<sup>90</sup> Judgment of 28 January 1992, *Bachmann* (Case C-204/90) ECLI:EU:C:1992:3, Judgment of 19 April 2000, *Baars* (Case C-251/98) ECLI:EU:C:2000:205, Judgment of 18 September 2003, *Bosal* (Case C-168/01) ECLI:EU:C:2003:479, *Emsland-Stärke*, cit., and Opinion delivered on 7 April 2005, *Halifax* case.

does not accept, under any circumstances, that these rules have an expansive character. The irrebuttable presumptions in law abuse are rejected by generalists or deemed inadequate to achieve the intended purpose that is simply to prevent the misuse of freedoms and UE rights without such a goal, it could dislodge a restriction, which would threaten its practice. In short, it's about analysing if being able to declare a national rule as restrictive or discriminatory, however there may be reasons to justify such a statement as compatible with the law.

**109.** Finally, the submission of the national anti-abuse legislation on the principal of proportionality assumes that the final step of analysis that the Court takes in the measure in question is to determine whether it is compatible with UE law. This principal presupposes the existence of two interests that are relevant to the legal system and that are found in conflict, being the objective of this principal to fulfil one of the interests in the way that least affects the other, always in the subject of a concrete case<sup>91</sup>; in such a case, not only must the application of the anti-abuse measure be suitable to guarantee the attainment of the intended purpose, but also, must not go what is beyond necessary to achieve it. Elements such as the burden of proof, establishing reasonable presumptive criteria, the permeability of the rule admitting exceptions to its application or fulfilment of its judgement of necessity involve a balance of proportionality between the stakes, based on this, we will take a closer look in the following sections of this paper. In conclusion, whichever measure adopted by the Member State that constitutes a restriction to the freedom of establishment, or produces a discriminatory effect is initially prohibited by the Treaty in the measure in which makes the practice of that freedom less attractive.

**110.** However, as deduced from the case law from the Court of Justice that it may admit a restriction to the freedom of establishment if it is justified by matters of overriding general interest being accurate and, moreover suitable to guarantee the attainment of the intended purpose and that does not go beyond what is necessary to achieve it.

**111.** In this sense, a national measure restricting freedom of establishment may be justified where it specifically targets wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the law of the Member State concerned, and in order that a restriction on freedom of establishment can be justified on the grounds of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be directed to oppose consistent behaviours on creating wholly artificial events, which do not reflect economic reality and with the sole objective to avoid the taxes that are normally due from the profits generated from activities carried out in national territory.

**112.** As we have already mentioned, the Commission<sup>92</sup> has already advised that the European Union must centre itself particularly in the adoption of measures that help the Member States to fight against fraud and tax evasion. The needs to prevent abusive practices or tax evasion can constitute as a matter of overriding general interest capable of justifying a restriction on fundamental freedoms. Without losing sight at any moment that the starting point of the Court, in the cases in which they analyse abuse of rights, is the proportionality between the adopted anti-abuse measure and the possible harm to be avoided, the legitimacy of the restrictive rules is conditioned precisely to the compliance with the principle of proportionality, moreover that these rules apply especially with the aim to avoid wholly artificial arrangements<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> R. SANZ GÓMEZ, “Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea”, cit., p. 127.

<sup>92</sup> COM (2001) 260 final.

<sup>93</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee — The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation — within the EU and in relation to third countries, COM (2007) 785 final, 2009/C 77/29, Brussels, 2009.

## A) Factual situations that invoke the fight against abusive practices in taxation as justification

**113.** We have insisted throughout this work in the idea that the employment of UE freedoms to achieve the application of a certain legal regime is not in itself abusive, and that to achieve it, the Member States' anti-circumvention rules must be assessed with the necessary prudence. Moreover, in this respect a case analysis must be carried out in which it does not rule out that circumvention may ultimately be legitimate from the perspective of the UE legal system.

**114.** Therefore, analysing the tension that occurs between the interest of the Member States and the UE legal order, through the factual circumstances in which mainly fight against abusive practices, and involves a practical exercise, which is not limited in its analysis, and may help to clarify the position taken by the Court. If they examine the sentences in which the matter of freedom of establishment is invoked in the application of a national restrictive or discriminatory anti-circumvention rule of such freedom, we find that it results in some very concrete factual assumptions.

**115.** Firstly, through the creation of companies in different Member States with lower taxation (or creation of foreign subsidiaries by SEC), the international fiscal transparency system aims to produce an erosion of tax bases, either by the transfer of the profits of the parent to that other company incorporated in the hosting state or by practices that constitute in organising transfer of losses within a group of companies, to established companies in the Member States that apply the highest rates of taxation, and consequently, where the tax value of these losses is greater, which can result in impairing the rights of the Member States to practice their fiscal competition in relation with the activities carried out in their territory and therefore jeopardise the balance in the allocation of taxing rights between Member States.

**116.** A clear example of this is analysed in *Cadbury*, where the Court will have the opportunity to examine the compatibility with the UE Law of a national regime relative to SEC and its aim is to fight against tax evasion and the consistent practice in which a company with residence in a Member State transfers its taxable profits to a company which it controls that's deployed in another State, that applies a tax rate well below the current one applied in the State of origin.

**117.** The question is based on determining if by constituting a company in another Member State with the sole basis of the existence of a more favourable tax regime in that State, is practising the fundamental freedoms or on the contrary, if it constitutes an abuse of said freedoms: the national legislation on SEC on this matter is contracted to the fact that a foreign subsidiary, in which the parent company has a superior participation of 50%, is treated like a transparent entity and therefore it attributes to the profits of the branch to the parent company and included in the tax base of the latter, although the latter was not noticed.

**118.** This legislation applies when the subsidiary established in another State is subject to a lower level of tax in this other State, so the intent of the legislation is to ultimately determine if the fact that a parent company created this subsidiary in another Member State in order to qualify for a more favourable tax regime, constitutes in itself as an abusive practice of the freedom of establishment.

**119.** The Court has reiterated, firstly, that a Member State cannot prevent a company from exercising its right of establishment in another Member State on the basis that the transaction would result in a tax loss with respect to taxes that would have been payable due to future activity if the company had practiced that activity in their home state. Similarly, the mere fact that a resident company establishes a secondary establishment in another Member State cannot form a general presumption of fraud or tax evasion and justify a measure which compromises the exercise of a fundamental freedom guaranteed by

the Treaty<sup>94</sup> and the establishment of a company in another Member State does not imply tax evasion, while the company concerned is however, subject to the law of that State<sup>95</sup>.

**120.** Finally, it can also be deduced from the case law that a Member State cannot hinder the exercise of freedom of movement in another Member State under the pretext of the reduced level of taxation<sup>96</sup>. The Court is not going to argue the rights of a company to rely on the protection conferred by the Treaty, as far as the exercise of freedom of establishment is concerned, even when it's only practiced with the aim of remaining a subject of a more favourable tax regime. Where it will set the threshold for justification of national anti-abuse measure is actually in the analysis of whether the subsidiary has a real and effective activity in the hosting State. The tax level constitutes an element that can legitimately bear in mind a company at the time of choosing a hosting State, in which it plans to create a subsidiary, being able to decide to practice its secondary activities in another Member State to benefit from the more favourable fiscal regime in this other State with regards to the taxation of taxable activities.

**121.** However, a national measure that restricts the freedom of establishment can be justified when it specifically targets wholly artificial arrangements whose aim is to circumvent the legislation applied by a Member State that specifically targets this concept of wholly artificial arrangement like the practices mentioned in *Marks & Spencer*<sup>97</sup>, that consists of organising transfer of losses within a group of companies to companies established in the Member States that apply high rates of tax and consequently where the tax value of these losses is higher, in which the Court will without a doubt impair the rights of the Member State to practice its tax competition in relation with the activities carried out in its territory and jeopardise the balance in the allocation of taxing powers.

**122.** Similarly, the ECJ in *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* when it confirms that in those circumstances, in order for the legislation on CFCs to comply with UE law, the taxation provided for by that legislation must be excluded where the incorporation of a CFC reflects economic reality, despite the existence of tax motives. That finding must be based on objective factors which are ascertainable by third parties with particular respect to the extent to which the CFC physically exists in terms of premises, staff and equipment<sup>98</sup>.

**123.** Therefore, and although later we will take a closer look on the notion of wholly artificial arrangements to widen your understanding, we can conclude that the Court in the matters in which it had the opportunity to analyse the cases of international tax transparency, maintains the reasoning for which it understands that the UE legal system opposes the inclusion of a tax base of a company with residence in a Member State with profits obtained by a foreign company controlled by another Member State, when these profits are subjects in the latter State with a lower taxation level to that applied in the first State, unless such an inclusion only concerns those purely artificial arrangements destined to circumvent the national tax that's normally due.

**124.** This limitation does not compromise the application of the rules on the prices of transfers, granted that it must be in keeping within this section for its necessary natural identity because it must serve to address non-trade agreement prices between related companies. Therefore, the SEC rules must have the utility to complement the relative rules for determining the residence of a company, or the prices of transfer, in the measures that constitute an instrument to combat the types of artificial fiscal operations.

---

<sup>94</sup> *Commission/Belgium*, cit. para. 45.

<sup>95</sup> Judgment of 8 march 2001, *Metallgesellschaft and others* (Joined Cases C-397/98 and C-410/98), ECLI:EU:C:2001:134, para. 57, and *Lankhorst-Hohorst*, cit., para. 37.

<sup>96</sup> Opinion of Mr Advocate LEGER delivered on 2 may 2006, *Cadbury*.

<sup>97</sup> *Marks & Spencer*, cit., para. 49.

<sup>98</sup> Order of the Court (Fourth Chamber) 23 April 2008, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Case C-201/05, apartado 79.

**125.** A second assumption that constitutes the undercapitalisation that is defined as an evident disproportion between the magnitudes of the responsibility of fixed, legal or statutory capital, and the level of financial risk of a company. The design of undercapitalization rules has been approached from many different perspectives, reflecting the different mentalities and legal traditions in the Member States, even though the background is very similar, if not identical: between the alternatives of finance that the companies have within their reach, they can turn to equity through loans or through capitalisation, bearing in mind that these alternatives, from a tax perspective, are not perfect alternatives, although while external funding generated in taxation has the possibility of deductibility of interest paid, a company decides to obtain resources through their own (internal) funding not only will they lose this deductibility but could also generate problems of double taxation (taxation of dividends or share in profits).

**126.** In that regard, and to avoid the internal funding generating losses of tax deductibility, the entities of multinational groups can have as an option the granting of loans within the entities of the group that are generating a certain margin of action to select the taxing of the diverse entities, in a way that those whose residence for tax purposes is located in a country with a higher rate of tax is in debt with entities with residence in areas of lower taxation.

**127.** The different treatment between debt and equity financing under national tax law (and at bilateral level), resulting in the taxing rights on the hosting State being generally more limited than those on dividends, making debt financing considerably more attractive in cross-border context and can therefore lead to the erosion of the tax base in the state of the subsidiary. By abolishing their thin cap rules altogether or by carving out dealings with lenders resident in other MSs and EEA States, the difference in treatment between resident subsidiaries according to the seat of their parent company within the EU/EEA would be removed.

**128.** The Commission is of the opinion that Member States should, however, be able to protect their tax bases from artificial erosion through structured debt financing, also within the EU/EEA. Following *Lankhorst*, some Member States have tried to avoid the charge of discrimination by extending the application of their thin cap rules to cover also purely national relations<sup>99</sup>.

**129.** In that case, the German company Lankhorst-Hohorst GmbH (henceforth Lankhorst-Hohorst) whose sole shareholder was the company Lankhorst-Hohorst BV (henceforth LHBV), based in the Netherlands has as its sole shareholder of the company, the Dutch company Lankhorst Taselaar BV (henceforth LTBV). LTBV granted a loan to Lankhorst-Hohorst to be returned in ten years with a variable interest rate and that would serve as an alternative to the increase in capital, being accompanied by a statement of sponsorship of which LTBV would renounce the loan repayment if third-party creditors sued Lankhorst-Hohorst. The loan allowed Lankhorst-Hohorst to reduce another loan that they had concerted with the banking establishment AMRO-Bank Münster, and therefore reduce the interest charges that withstood. In their liquidations of tax assessments on companies corresponding to the 1997 and 1998 practices, the tax authorities considered the interest payments to LTBV as equivalent to a distribution of profits and subjected them to such taxes.

**130.** The German, Danish and UK Governments, as well as the Commission, argue that the national provision at issue in the main proceedings is intended to combat tax evasion to which would lead to the use of the mechanisms such as thin capitalization or undercapitalisation and, all other things being equal, it would be fiscally advantageous to finance a subsidiary through a loan rather than through capital contributions, as profits of the subsidiary to the parent company are transferred to the parent company in the form of deductible interest upon the calculating taxable profits of the subsidiary, not in the form of non-deductible dividends. The Court, however, will not allow such allegation and will keep influencing

---

<sup>99</sup> COM (2007) 785 final, cit., p. 8.

in the decrease of tax revenue, not constituting as an overriding reason relating to public interest that can justify a contrary measure for a fundamental freedom<sup>100</sup>.

**131.** Where the justification relating to risk of tax evasion is concerned, it should be noted that the disputed rules in the main litigation do not have a specific aim to exclude from a tax advantage the wholly artificial arrangements but that in general, contemplate whichever situation in which the parents company has, no matter what the motive, their domicile outside the Federal Republic of Germany, and so this situation does not imply a risk of tax evasion, as the company in question will be subject in every way to the tax legislation of the State of establishment. Moreover, the national Court does not consider the existence of any abuse in this case, as the loan is attained to reduce the burden of the amount of interest resulting from their bank credit and released the documents before the Court which showed, that during 1996 and 1998 financial years, Lankhorst-Hohorst suffered substantial losses much higher than the interest paid to LTBV.

**132.** Therefore, despite the facts analysed, Lankhorst-Hohorst meets all benchmarks for the use of the mechanism thin capitalization. For it to be considered abusive by the Court it must exceed the triple test to which the legislation is submitted, but this is not enough to determine the existence of the mechanism for it to be considered unlawful.

**133.** In this regard, in the judgement *Test Claimants in Thin Cap Group Litigation* the ECJ confirmed that certain measures used to avoid undercapitalisation were not unacceptable by still being needed to limit their application in wholly artificial arrangements. This could guarantee that the conditions of the operations of debt financing arrangements between affiliates do not exceed the limits of what unrelated parties would have agreed on based on valid commercial reasons.

**134.** The Member States cannot make their fiscal systems work efficiently unless they can guarantee that their tax bases do not suffer erosion due to the agreements in non-commercial terms between related companies. So, in that case a national legislation is analysed which restricts the ability of a resident company to deduct interest on loan finance for tax purposes, which has been granted by a parent company with residence in another Member State, the reason for this, is to fight against abusive practices and especially against wholly artificial arrangements solely used for tax purposes.

**135.** A law on thin capitalization rules is judged containing provisions that occasionally restrict the deductibility of interest paid by subsidiaries to non-resident companies. Logically, this measure does not apply if the payment was between residents. The part of the interests that exceeds a reasonable economic performance is not deductible from the taxable profits of the borrowing company but is treated as distributed profit (dividend); likewise, at a later point they will reassess the interests paid between companies of the same group as distributed profit, as far as they exceeded what would have been paid in the absence of a link between paying the interest and the beneficiary.

**136.** In this matter the Court starts to accept that, within a group of companies, the risk that the finance of a subsidiary provides a way that produces a transfer of profits towards the State with a lower tax rate, does not normally exist if all the companies are subject to the same rate of tax in the same Member State. However, this does not exclude the fact that the rules adopted by a Member State to specifically consider the cross-border group situation, can in some cases constitute as a restriction of freedom of establishment for the companies involved.

**137.** In that case, to consider that such a legislation constitutes a restriction on the freedom of establishment, to such a degree that it can restrict the practice of this freedom in a Member State through

---

<sup>100</sup> *ICI*, cit., para. 28, *Metallgesellschaft and others*, cit., para. 59, and Judgment of 21 september 1999, *Saint-Gobain ZN* (Case C-307/97) ECLI:EU:C:1999:438, para. 51.

established companies in another Member State, without having to prove that the legislation involved led to some of those companies to refrain from acquiring, creating or maintaining a subsidiary in the first Member State. From this, it results that the difference in treatment to which they are subjected to under the controversial national provisions in the main proceedings relating to thin capitalization, and resident borrowing companies based on the place of residence of the affiliated company lender, constitutes a restriction of freedoms of establishment.

**138.** The fact that a resident company has obtained a loan from a non-resident company under conditions that do not correspond with what the companies involved would have agreed to in free competition conditions constitutes for the Member State of residence of the borrowing company an objective element and verifiable by third parties to determine if the transaction involved constitutes, totally or partially, a wholly artificial arrangement whose main objective is to avoid the court legislation in this Member State. In this respect, it is whether in the absence of a special relationship between the companies in question, they would not have agreed to the loan or would have agreed on a different rate of interest.

**139.** In further points out that, at first, it is completely valid, and, in reality, crucial that the taxpayer tries to organise their cross-border fiscal situations advantageously for the idea of an internal market. However, this by itself is allowed in the measure in which such an organisation conforms to reality: in other words, there is no question of a purely artificial arrangement designed to abuse the national tax legislation or evade.

**140.** In this sense the European Court will settle admitting that, if the mere circumstance that a resident company obtains a loan from an associated company established in another Member State it cannot invoke to justify a general presumption of abusive practices, nor serve as a justification to a measure that goes against the practice of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty<sup>101</sup>, a rule such as that may be compatible with the legal system if: on one hand, this legislation is based on a consideration of objective and verifiable elements that identifies the existence of a wholly artificial arrangement solely for tax purposes. To do this, you must establish the possibility that the taxpayer may submit, where applicable, and without being subject to undue administrative constraints, evidence for the underlying commercial reasons for the transaction; and on the other hand, if the existence of such assembly is demonstrated, such legislation only labels these interests as distributed profits to the extent to which they exceed what would have been agreed under the conditions of free competition.

**141.** Therefore, the detection of a wholly artificial arrangement thus amounts in effect to a substance-overform analysis and even though there are few sentences that directly address configuration of thin capitalisation rules<sup>102</sup>, the conclusion that may be drawn from this is that it is possible that the existence of these rules is perfectly compatible with the UE system as long as the rule allows the substance-overform analysis and the mere fact that the constitution of a loan (or another credit operation) between related parties does not involve a presumption of objective fraud. However, the coherence of the fiscal system could justify the anti-capitalization rule since it is incardinated to the correct formation of the taxable income tax and equity in the distribution of tax revenues between the state in which investment and residence occur.

**142.** The Court of Justice demands the existence of a direct link, for one particular taxpayer, between the grant of a tax advantage and the offsetting of that advantage by a fiscal levy<sup>103</sup>. In this regard is can be confirmed that the direct link doctrine would expel the anti-capitalisation rule from the scope of the justification based on fiscal coherence. Perhaps the Court of Justice has tried to limit the potentia-

---

<sup>101</sup> *Commission/Belgium*, cit., para. 45; *Commission/France*, cit., para. 27, and *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, cit., para. 50.

<sup>102</sup> Judgment of 17 January 2008, *Lammers & Van Cleeff* (Case C-105/07) ECLI:EU:C:2008:24.

<sup>103</sup> Judgment of 6 June 2000, *Verkooijen* (Case C-35/98) ECLI:EU:C:2000:294.

lly high ripple effect of the fiscal coherence doctrine through the direct link doctrine, but in doing so is probably also closing doors to balanced judgments<sup>104</sup>.

**143.** In any case, in those cases in which the indebtedness is disproportionate, or has a sole objective of eroding the tax bases; is justified and is suitable to ensure the attainment of the objective in question, it's possible to understand that a thin capitalisation rule pursues a legitimate objective.

## **B) The jurisprudential doctrine of justification**

**144.** It has been sufficiently expressed in the work that employment of the UE freedoms to achieve the implementation of a certain favourable legal regime cannot invoke to justify a general presumption of abusive practices or to serve as justification to measures that go against their effective practice<sup>105</sup>.

**145.** Being genuine UE freedom rights subjected to the economic agents that operate in the common market and are invoked before the States where they want to carry out an economic activity or investment, or before their States of residence<sup>106</sup>, it is settled case-law that the fact of the existence of an advantage resulting in a lower tax burden that is being submitted in a Member State of origin, does not solely justify that the State of origin claims to compensate this advantage with a less favourable tax treatment to the resident company within it<sup>107</sup>.

**146.** Similarly, the need to avoid the risk of tax evasion does not solely justify a discriminatory or restrictive treatment of the fundamental freedoms<sup>108</sup> and especially the freedom of establishment, the Court of Justice has since declared that the circumstance in which the company has constituted itself in a Member State with the aim of benefitting from a more favourable legislation, is not solely sufficient to reach a conclusion that an abuse of this freedom exists<sup>109</sup>.

**147.** Thus, from the study on the doctrine of the Court of Justice it can be confirmed that only those anti-abuse rules which are designed to render ineffective the artificial transactions that do not contain real economic substance, and whose existence is aimed at obtaining a tax advantage with no other valid reason, can justify a discriminatory or restrictive treatment of fundamental freedoms.

### **a) The jurisprudential analysis of national anti-abuse tax law**

**148.** As we have already mentioned, the proportionality implies that the suitability of the means used for the proposed purposes, the suitability of the employed instruments and their character, are necessary and limited in reaching the objective in question. In this way, the Court, applying the rule of reason will firstly analyse if the objective pursued by that anti-circumvention rule is legitimate and justified by overriding reasons of general interest<sup>110</sup>.

**149.** From among the causes that are accepted by the Court as justified from the adoption of restrictive or discriminatory measures by the Member States, and that we have already had the chance

<sup>104</sup> E. SANZ GADEA, "Medidas antielusión fiscal", in *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 18/09, 2009, p. 63.

<sup>105</sup> *Commission/Bélgium*, cit., *X e Y*, cit., *Commission/France*, cit., and *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, cit.

<sup>106</sup> A. MARTÍN JIMÉNEZ, "Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho Comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/anti-abuso del derecho interno", cit., p. 6.

<sup>107</sup> Judgment of 3 october 2002, *Danner* (Case C-136/00) ECLI:EU:C:2002:558, para. 56.

<sup>108</sup> Judgment of 11 december 2003, *Barbier* (Case C-364/01) ECLI:EU:C:2003:665, para. 71.

<sup>109</sup> *Centros*, cit., para 27, and *Inspire Art*, cit., para. 96.

<sup>110</sup> *Rewe-Zentral AG*, cit., para. 14.

to examine the fight against abusive practices the main interest is to observe their treatment by the jurisprudence of the Court and in relation with the freedom of establishment: a national measure that restricts the freedom of establishment may be justified where it specifically targets wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the law of the Member State concerned. In assessing the behaviour of the person subject to taxation, they must take into particular consideration, the purpose for the freedom of establishment<sup>111</sup> and this aim is to allow a national in a Member State to create a secondary establishment in another Member State in which it can practice its activities and thus favour the economic and social interpenetration within the UE<sup>112</sup>.

**150.** From this it deduces that in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified for motives of fighting against abusive practices, the specific aim of this restriction must object to consistent behaviours in creating purely artificial arrangements, which do not reflect economic reality, with the aim to avoid the taxes normally owed on the benefits generated by activities carried out in national territory, such as it shows in both the *ICI* sentence and in *Metallgesellschaft and others*.

**151.** The Court of Justice has recognised on a number of occasions that the Member States may justifiably adopt measures that would be branded as discriminatory under different circumstances, in order to prevent abuse of law, as made clear in the *Marks & Spencer* sentence, in which the Court of Justice declared that firstly, a restrictive national rule on the deduction of cross-border losses could be justified by the risk of tax evasion, and in particular the risk that, within a group of companies, the losses were transferred to the established companies in the Member States that applied higher tax rates and where the tax value of losses was higher<sup>113</sup>.

**152.** The main reason behind the recognition of this justification is that the taxpayers try to organise their (cross-border) fiscal positions more advantageously, but to the extent that such an organization conforms to reality: in other words, there is no question of a purely artificial arrangement directed to abuse or to avoid the national fiscal legislation. However, this justification does not comply if the rule applies to all types of situations and moreover, most of the anti-abuse provisions that exist to prevent the elusion through wholly artificial arrangements in defence of their legitimacy have been rejected by the Court such as, the allegations that expected to defend objectives of merely economic character, such as the loss of tax revenue, constantly invoked by the Member States and that do not constitute for the Court an overriding public interest<sup>114</sup> under any concept.

**153.** In fact, the Commission states that there is a urgent need to find a fair balance between public interest in combatting abusive practices and the need to avoid an exaggerated restriction of the cross-border activity within the EU<sup>115</sup> and, according to settled case-law, only a justification based on the fight against tax fraud is permissible when its intended purpose is to have wholly artificial arrangements designed to circumvent the tax law, which excludes all general presumption of fraud.

**154.** Therefore, a general presumption of evasion or of tax avoidance cannot be enough to justify a fiscal means that goes against the objectives of the Treaty<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> *Centros*, cit., para. 25, and *X e Y*, cit., para. 42.

<sup>112</sup> *Reyners*, cit., para. 21

<sup>113</sup> *Marks & Spencer*, cit., paras. 49 y 50, *Lankhorst Hóhorst*, cit., *X e Y*, cit., *ICI*, cit., *Leur Bloem*, cit., and Judgment of *Halifax*, cit.

<sup>114</sup> *Verkooijen*, cit., para. 48.

<sup>115</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee — The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation — within the EU and in relation to third countries COM (2007) 785 final (2009/C 77/29), para 2.3.

<sup>116</sup> *Commission/Belgium*, cit., para. 45; *Commission/France*, cit., para. 27, and *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, cit., para. 50.

**155.** The next question that the Court must address in the development of the rule of reason is if the legislation in question, or the anti-abuse measure analysed is adequate to achieve the target objective. In *Cadbury*, the Court pleaded that by providing for the inclusion of the profits of a CFC subjects to very favourable tax regime in the tax base of the resident company, the legislation on CFC's makes it possible to thwart practices which have no purpose other than to escape the tax normally due on the profits generated by activities carried on in national territory.

**156.** As it has stated, such legislation is therefore suitable to achieve the objective for which it was adopted<sup>117</sup>. In the *Test Claimants* matter it questions if the legislation in question is appropriate to achieve this objective, concluding that it is both legitimate interests that are pursued in imposing that the cross-border groups qualify, abusively and artificially, as interest payment for loans which in reality are distributions, the requalification of the interest payments as distributions is obviously effective in counteracting such abuse<sup>118</sup>.

**157.** However, in *X and Y*, the Court once examined the controversial rule, understanding that this disposition does not have a specific aim to deny the application of a tax advantage for purely artificial arrangements whose aim is to avoid the tributary regulations but that generally refers to, whichever situation in which, for whatever motive, the transfer at undervalue is in favour of a company incorporated under the laws of another Member State in which the transferor or a subsidiary of that company participates. To do this, it should be noted that the measure applied does not get to reach the objective that it supposedly follows, specifically, effective taxation in the host Member State of the transferor for capital gains on shares transferred, particularly if the transfer is made before the transferor definitely transferred their residence abroad.

**158.** Ultimately, as we can observe, it is absolutely essential for the Court that, together with the aim the anti-circumvention rule targets, the rule itself is adequate to achieve this aim<sup>119</sup>.

**159.** The final question that must be addressed with respect to the rule of reason is if whether the legislation in question is a facility provided in order to obtain this objective.

**160.** On this issue, depending on their design and implementation, a legislation directed at preventing the use of purely artificial arrangements may, at first, be a proportionate measure against abuse. To determine when a measure is proportional requires a trial of comparability in which it must examine if other less burdensome legislations can exist than that in question to achieve the proposed aim, analysing if the sacrifice of another interest in favour of another legislation could reduce.

**161.** An anti-abuse rule has as a legitimate aim, the fight against abusive practices and may contain a measure that is suitable for the obtainment of that aim, but all this is compatible with the UE Law to the extent that this provision is proportional to the following aim: as we said, the irrebuttable presumptions of abuse are rejected by generalists, or inadequate to achieve the intended purpose that is no other than to prevent the misuse of the UE freedoms and rights, without that objective, it can dislodge a restriction such that threatens its exercise.

**162.** To the extent to which the fundamental objective of a regulation is to prevent the use of elusive mechanisms, the proportionality test implies that it must guarantee that the rule at issue solely applies to avoiding purely artificial arrangements, such as how we have shown in the current work.

---

<sup>117</sup> *Cadbury*, cit., para. 59.

<sup>118</sup> Opinion of Mr. Advocate GEELHOED in *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, cit., para. 64.

<sup>119</sup> Judgment of 11 november 2007, *Elisa* (Case C-451/05), ECLI:EU:C:2007:594, para. 81.

**163.** For this purpose, the Advocate General GEELHOED<sup>120</sup> confirms that «however, the formulation and application in practice of such a test must also satisfy the requirements of proportionality. In my view this means that: a) It must be possible for a taxpayer to show that, although the terms of its transaction were agreed with the independent parties, there were nonetheless genuine commercial reasons for the transaction other than obtaining a tax advantage; b) If such commercial reasons are put forward by the taxpayer, their validity should be assessed on a case-by-case basis to see if the transactions should be seen as wholly artificial arrangements designed purely to gain a tax advantage; c) The information the taxpayer must provide in order to rebut the presumption should not be disproportionate or mean that it is excessively difficult or impossible to do so; d) In cases where the payments are found to be abusive (disguised distributions) as already mentioned, only the excess part of the payments over what would have been agreed with independent parties should be recharacterized as a distribution and taxed in the subsidiary's state of residence accordingly; and; e) The result of such examination must be subject to judicial review».

**164.** In *Ampliscientifica*<sup>121</sup> the Court, referring to the principle of proportionality considers that a national legislation which, lays down a time limit of between one and two years for taxpayers to be able to make VAT declarations and payments in accordance with simplified procedures is, in the light of the objective of combating tax evasion and bogus legal arrangements, consistent with the principle of proportionality.

**165.** The absence of a term could have had the effect of allowing the implementation of specific operations to justify the ad hoc creation of a legal structure, favouring abuse and fraud whose prevention is precisely one of the aims pursued by UE Law<sup>122</sup>.

**166.** As we have seen, to the extent that the purpose of a rule is to combat abusive practices, it must guarantee that it applies itself exclusively to the attainment of this purpose, that is none other than to avoid the existence of wholly artificial arrangements and that is thus suitable for this objective. Lastly, to demand to the Court that each element of the anti-abuse regulation is defined coherently with UE rights and freedoms, will equally demand that a proportionality test is carried out which requires a judgement of comparability that must examine if, to obtain the aim pursued, other less burdensome measures can exist than the one in question, and analysing if the sacrifice of an interest in favour of another could have been reduced.

## **b) Proportionality test and the existence of wholly artificial arrangements**

**167.** As we have been able to analyse, the essential content of the freedom of establishment implies the possibility that a national citizen participates continuously and in a stable manner to the economic life of a Member State different to that that was originally theirs, therefore it seems logical to conclude that abuse will consist in the compliance with the formal requirements of the host without this they participate, fully and effectively, in the economy of the existing state, in exchange the desire to make a profit by artificially creating the conditions required for its obtainment<sup>123</sup>.

**168.** The Court has held that the discovery of the existence of a permanent establishment must base itself on objective and verifiable elements by third parties relating particularly to the level of physical existence of premises, staff and equipment.

<sup>120</sup> Opinion of Mr. Advocate GEELHOED in *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, cit., para. 67.

<sup>121</sup> Judgment of 22 may 2008, *Ampliscientifica* (Case C-162/07) ECLI:EU:C:2008:301.

<sup>122</sup> Judgment of 15 june 2006, *Heintz van Landewijck* (Case C-494/04) ECLI:EU:C:2006:407, paras. 42-43, and Judgment of 13 december 2007, *Batig* (Case C-374/06) ECLI:EU:C:2007:788, para. 39.

<sup>123</sup> COM (2007) 785 final, p. 3.

**169.** If the verification of such elements leads to the finding that there is a fictitious establishment in which no effective economic activity in the territory of the host Member State is not exercised, should be considered that the establishment has the character of a wholly artificial arrangement<sup>124</sup>.

**170.** Similarly, we have been able to conclude that the implementation of cross-border operations, with the objective of benefitting from a more favourable legislation is fully covered by the Treaty, even if this is carried out for tax advantage purposes in terms of saving, such as a national citizen cannot be deprived of the possibility of invoking dispositions from the Treaty to capitalise from the tax advantages legally offered by the regulations in force in a different Member State to that in which it resides<sup>125</sup>. It is therefore clear that such actions contemplated as valid by law are limited only by the existence, in its exercise, of an additional element of abuse<sup>126</sup>.

**171.** In this regard, the Commission already pointed the need to explore the scope for establishing a non-exhaustive inventory of fact patterns that generally indicate the presence of an artificial arrangement – by way of example, incorporation of a secondary establishment which purports to provide goods or services from another jurisdiction without any real substance or physical operation therein, or more generally, types of arrangements which serve no business purpose (or which might be even contrary to general business interests, if not entered into for the purpose of avoiding tax)<sup>127</sup>.

**172.** As we have also already analysed in some depth, the Court has been constant in their postulate that the existence of abuse must be casuistry, such that the irrebuttable presumptions of abuse are rejected by generalists, or unsuitable to achieve the intended purpose that is simply to prevent the abuse of UE freedoms and rights, to the extent that, the fundamental aim of a rule is the prevention of the use of elusive mechanisms, the criteria of proportionality implies that it must guarantee that the rule in question applies solely to avoiding wholly artificial arrangements.

**173.** However, and although the assertion of the Court of Justice, in the majority of their sentences, allows only those anti-abuse regulations whose aim is to stop conducting artificial transactions, which do not reflect economic reality and that have as their sole or main aim to obtain a tax advantage with no other valid motive, it seems loud and clear, that the problem arises in the definition of the term artificial, meaning the total lack of economic substance, but it is defined in such a way that it is considerably closer to the simulation.

**174.** Additionally, the Court demands that there is a close causal link between the suspicious transaction and the tax advantage, which implies that all anti-abuse regulations must focus a clear connection between the intended purpose of the taxpayer to achieve a certain beneficial tax treatment, and the definition of wholly artificial arrangements<sup>128</sup>.

**175.** Before this need to define the term artificial the Court has identified a series of factors that do not constitute by themselves and in isolation as a wholly artificial arrangement, for example, the mere fact that a subsidiary is established in another Member State does not imply in itself as tax evasion<sup>129</sup>, and the fact that the activities carried out for a secondary establishment in another Member State can be developed likewise by the taxpayer from the territory of their Member State of origin, does not necessarily mean that a wholly artificial arrangement exists<sup>130</sup>.

<sup>124</sup> *Cadbury*, cit., paras. 67- 68

<sup>125</sup> *Barbier*, cit., para. 71.

<sup>126</sup> G. GONZÁLEZ GARCÍA, “Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho de la Unión”, in *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 8, 2004, p. 42.

<sup>127</sup> COM (2007) 785 final.

<sup>128</sup> V. RUIZ ALMENDRAL, “¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso?”, cit., p. 36.

<sup>129</sup> *ICI*, cit., para. 26.

<sup>130</sup> *Cadbury*, cit., para. 69.

**176.** It is completely legitimate for tax considerations to play a role in the decision on where to establish a subsidiary<sup>131</sup> since the objective of minimising one's tax burden is a valid commercial consideration, as long as the arrangement entered into is not achieved through the artificial transfers of profits<sup>132</sup>, which brings us irretrievably to the analysis of the positive concept of purely artificial arrangements which the Court has considered essential in its construction of the doctrine of abuse.

**177.** According to the *Factortame II*<sup>133</sup> judgement, the notion of establishment involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment for an indefinite period. They must simultaneously<sup>134</sup> take the requirements of developing a real economic activity through a permanent establishment that has sufficient material resources, to be carried indefinitely and that obviously takes place in a different Member State of origin.

**178.** In general, the effective practice of an economic activity supposes to offer goods and services in the market<sup>135</sup>, which includes the production and commercialisation of products, the establishment of services and the exploitation of tangible or intangible assets to obtain returns whilst the demand of permanent establishment leads to examine the existence and availability of premises, staff and equipment necessary to perform the services<sup>136</sup>, although it is expressed in the simple existence of an office<sup>137</sup>. Thus, in order that it can be considered that a real and effective establishment exists, through the creation of subsidiaries or branches, whether it's primary or secondary, it is necessary that this is seen as capable to offer goods and services with a more or less autonomous management, although the ultimate control is carried out from a head office situated in another Member State. Further complications seem to have the requirement of the establishment remaining indefinitely to avoid being classified as abusive, as noted in the *Leur-Bloem*<sup>138</sup> judgement.

**179.** In effect, the creation of structures for a limited time can be indicators of purely artificial operations, known as *u-turns* as well as those operations in which a transfer of residence is claimed temporarily, that allows other particular operations to have a considerable tax saving (and against those it operates, as anti-circumvention mechanism, the Exit Taxes).

**180.** However, the Court will confirm an operation destined to create a certain structure for a limited period and not sustainably, may obey valid economic motives<sup>139</sup> which again supposes a need of a substance-overform analysis, to detect when we are actually facing a purely artificial arrangement.

**181.** In this respect, the so-called business purpose test doctrine is configured as a development of the finalist or teleological interpretation of the tax regulation and encompasses diverse doctrines that have a point in common, that is none other than denying the legal protection of those acts or businesses carried out without a real bargaining aim or abusing the rules that recognise these legal forms in the sense of using them to obtain a result (tax advantage) that is not the purpose for which the rule was created<sup>140</sup>.

**182.** Thus, in the *Cadbury* case, the General Advocate LEGER is going to elaborate a test based on three elements<sup>141</sup> that must serve to differentiate when we are facing an artificial arrangement and

<sup>131</sup> *Cadbury*, cit., para. 37.

<sup>132</sup> Judgment of 26 october 1999, *Eurowings* (Case C-294/97) ECLI:EU:C:1999:524, para. 44.

<sup>133</sup> *Factortame II*, cit., para. 20.

<sup>134</sup> D. WEBER, "Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: A study of limitations under European tax law to the prevention of tax avoidance", Kluwert Law International, La Haya, 2005, p. 31.

<sup>135</sup> Judgment of 16 june 1987, *Commission/Italy* (Case 118/85) ECLI:EU:C:1987:283, para. 7.

<sup>136</sup> Opinion of Mr. Advocate LEGER in *Cadbury*, para. 112.

<sup>137</sup> Judgment of 4 december 1986, *Commission/Germany* (Case 205/84) ECLI:EU:C:1986:463, para. 21.

<sup>138</sup> *Leur-Bloem*, cit., para. 35.

<sup>139</sup> *Leur-Bloem*, cit., apartado 42.

<sup>140</sup> V. RUIZ ALMENDRAL, "¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el derecho de la Unión Europea)", cit., p. 36.

<sup>141</sup> Opinion of Mr. Advocate LEGER in *Cadbury*, paras. 112-114.

when facing a true practice of the freedom of establishment: the first of the requirements deals with the reality of the implementation of the subsidiary in the welcoming State, and leads to examine if the necessary facilities, staff and equipment are available for the implementation of the services rendered by the parent company.

**183.** The second requirement refers to the effective character of the rendered services by a subsidiary, requiring examining of the competence of the staff with relation to the rendered services when making decisions in the implementation of these services. These amounts to assuming that if all decisions are adopted out of the subsidiary, this results in being only a mere instrument of execution, which would amount to an artificial arrangement.

**184.** The Court will not consider this second requirement, not only in this judgement but in those subsequent to it, such as, Eurofood IFSC, in confirming that in determining the centre of the main interests of a debtor company, the simple presumption laid down by the UE legislation in favour of the registered office of that company can be rebutted only if factors which are both objective and ascertainable by third parties enable it to be established that an actual situation exists which is different from that which locating it at that registered office is deemed to reflect.

**185.** This could be so in particular in the case of a company not carrying out any business in the territory of the Member State in which its registered office is situated. By contrast, where a company carried out their business in the territory of the Member State where its registered office is situated, the mere fact that their economic choices are or can be controlled by a parent company in another Member State is not enough to rebut the presumption laid down by that Regulation<sup>142</sup>.

**186.** Finally, the third of the requirements relative to the value added by the activity of the subsidiary, is without a doubt more delicate in applying if the rendered services correspond effectively to the real activities carried out in the hosting State: this criteria allows to take into consideration the objective situation in which the rendered services by the subsidiary lack all economic interest with relation to the activity of the parent company, which would enable us to recognise the existence of a purely artificial arrangement in both the lack of benefit payment by the parents company and the counterpart, making it possible to consider an outright transfer of benefits from the parents company to the subsidiary.

**187.** This requirement may be applicable to those complex operations that have as their only purpose, to provide unity to isolated legal acts which together make sense in relation to the tax advantage that intends to strengthen, or in an intangible nature reveal many applicative problems in companies, to name an example; that have no productive nature but provide intra-group services of a financial nature<sup>143</sup>.

**188.** In most cases, the Court in their resolution, will not welcome all the requirements exposed by the Advocate General LEGER for the verification of the existence of an artificial arrangement, but that will restrict to value the reality of the implementation of the subsidiary in the hosting State determining it by the availability of premises, staff and equipment needed for the carrying out of rendered services to the parent company.

**189.** In this way, a restrictive concept of artificial arrangements<sup>144</sup> is understood, limiting the application of the rules of Fiscal transparency, and leaving aside the assumptions in which, simply en-

<sup>142</sup> *Eurofood IFSC*, cit., paras. 34-35.

<sup>143</sup> P.M. HERRERA MOLINA, "STJCE 12.9.2006 (Gran Sala), *Cadbury Schweppes*, As. C-196/04: Las cláusulas antiabuso de ámbito exclusivamente internacional pueden basarse en presunciones iuris tantum (a propósito de la subcapitalización)", in P.M. HERRERA MOLINA (Dir.), *Comentarios de jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2006-2007*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, p. 5.

<sup>144</sup> *Cadbury*, cit., para. 67.

dowed with a minimum economic and institutional introduction, the reality of the establishment is more suited to a substance manufactured for profit rather than a genuine exercise of freedoms and rights under the Treaty.

**190.** In RUIZ ALMENDRAL<sup>145</sup> and SANZ GOMEZ<sup>146</sup> opinions this interpretation leads to the conclusion that, for the Court, the concept of abuse without further representation, would amount to the Court focusing on those close behaviours to crude simulations<sup>147</sup> as the essential nature of any abusive behaviour when applying the artificiality of the operations.

**191.** Despite what has been said the Court will require, accordingly with the jurisprudence established in the *Emsland Stärke*<sup>148</sup> judgement, the combination of two elements for determining the existence of a purely artificial arrangement. These are firstly; a subjective element consisting of the intention to obtain a tax benefit and, secondly, that this results from the objective and verified elements by third parties, particularly at the level of physical existence of establishment where premises, staff and equipment are concerned. This will determine if, despite that they have formally respected the conditions foreseen by the EU Law, it has not reached the intended objective of the freedom of establishment<sup>149</sup>.

**192.** If from the verification of such elements it was gathered that the establishment constitutes a fictitious implementation that does not carry out any effective economic activity in the territory of the hosting Member State, it should consider that such creation has the characteristics of a purely artificial arrangement, which is it exactly what is at risk of happening particularly in the cases of a shell or letterbox subsidiary<sup>150</sup> or in letterbox companies<sup>151</sup>.

**193.** In this sense, the abuse will assume the conjunction of these two intrinsically linked and relative criteria, on one hand, it is necessary to detach a number of objective factors that despite formal observance of the requirements of UE law, the intended purpose is not achieved for this rule: the objective criterion refers to the existence of a contradiction between the outcome achieved and the intended purpose of the UE provision or the freedom at stake. However, the contradiction of the outcome with the intended aims cannot itself characterise as an abusive practice, since through the obligations of UE Law the advantage obtained cannot be objectively justified by any other consideration than that to circumvent the rules in the national regulations.

**194.** For this, it is essential to take into account the purely artificial character of these operations and must appreciate, how we have already developed, through elements ascertainable by third parties of which the absence of an actual establishment is discarded that's intended for the effective realization of economic activities. Henceforth, the analysis must focus on what the intended outcomes for the UE legislations are, in case that, once delimited, proceeding to determine whether the prosecuted situation is integrated into these objectives. The objective element thus contains two requirements, which are on one hand an absolute estrangement between the purpose for which the circumvented rule was created and on the other, the carrying out of operations whose essential (and only) aim is to obtain an advantage that otherwise had not been possible to obtain.

<sup>145</sup> V. RUIZ ALMENDRAL, “¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso?”, cit., p. 36.

<sup>146</sup> R. SANZ GÓMEZ, “Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea”, cit., p. 105.

<sup>147</sup> J.M. CALDERÓN CARRERO and A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, “Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test Claimants in the Thin Cap Group”, in *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, nº 2, 2007.

<sup>148</sup> *Emsland Stärke*, cit.

<sup>149</sup> *X e Y*, cit., paras. 41-42, *Eurofood IFSC*, cit., paras. 34-35 and *Amplisientifica*, cit., para. 21.

<sup>150</sup> *Eurofood IFSC*, cit., paras. 34-35.

<sup>151</sup> Judgment of 30 september 2003, *Inspire Art* (Case C-167/01) ECLI:EU:C:2003:512, para. 101.

**195.** However, the subjective element, consisting in the intention to obtain a tax advantage, will be more problematic: firstly, because it must complement itself by adding the requirement that such a benefit be obtained by artificially creating the conditions needed for its obtainment<sup>152</sup>.

**196.** Based on the premise that a UE national cannot be deprived of the possibility of invoking the Treaty provisions because of profiting from tax advantages which are legally provided by the rules in force in a Member State other than that in which it resides<sup>153</sup>, the Court warns that if the subjective element is literally in the intention to obtain a tax advantage, it should be treated with caution. In this respect, Advocate General POIAREA MADURO<sup>154</sup> believes that, to determine the existence of a subjective element as mentioned in the *Emsland-Stärke* judgement, does not affect the interpretative character of the concept of abuse in EU Law since the Court of Justice linked this subjective element with the conclusion that the situation that prompts the application of a certain UE law was merely artificial.

**197.** This conclusion of artificiality, in his opinion, must not be based in appreciation of the subjective intentions which invoke the UE law but that must explain the base of a series of verified objective circumstances in each particular case.

**198.** The intention is not critical to value the abuse, but the activity itself is objectively considered since the parties' intentions to abusively obtain a benefit are simply deductible of the artificial character of the situation that has to be assessed in the light of a set of objective circumstances<sup>155</sup>.

**199.** The subjective element can only verify the purpose of the activities carried out for the obtainment of the elusive aim to an extent. Thus, the Court sustains that in order to find a permanent establishment it must be based on objective elements and ascertainable by third parties and concerning the elements of judgement that have been studied in this piece of work, and if not verified, it should be considered that this creation has characteristics of a purely artificial arrangement. That said, in the *Emsland-Stärke* judgement it will be established that it corresponds to the national court accrediting the existence of these elements, whose evidence must conform with the national regulations and as long as it does not damage the efficiency of EU Law<sup>156</sup>.

**200.** Ultimately, to the extent that the fundamental objective of an anti-abuse rule is the used as a prevention of the use of elusive mechanisms, the criterion of proportionality implies that the controversial rule must be applied solely to avoid purely artificial arrangements, and to constitute as the final section of this work, to define what is understood when the Court prosecutes those suspected of abuse.

**201.** From the jurisprudence of The Court of Justice it deduces that the anti-abuse rules cannot be formulated generally but must have as a clear and sole aim, to prevent explicitly circumvention, in other words, it must hope to exclude the fiscal advantage through abusive practices consisting of the creation of purely artificial arrangements.

**202.** As we saw, the Court established a triple analysis test on the anti-circumvention rule in order to verify its compatibility with the UE legislation in terms of the rule of reason and, in this respect, try to verify if the rule is justified on general-interest grounds, that the restriction be apt to ensure the

---

<sup>152</sup> *Emsland Stärke*, cit., paras. 52-53, *Centros*, cit., para. 24; *Halifax*, cit., paras. 74-75 and *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, cit., paras. 64.

<sup>153</sup> *Barbier*, cit., para. 71.

<sup>154</sup> Opinion delivered on 7 april 2005 in *Halifax*.

<sup>155</sup> D. ANDERSON, "¿What is abuse of Rights?", in *Alba Conference*, Cambridge, 29 July 2006: *later cases have played down the subjective nature of the test, suggesting that intention should be inferred from objective circumstances*.

<sup>156</sup> *Deutsche Milchkontor and others*, cit., paras. 17-25 and 35-39; *Johnston*, cit., paras. 17-21; *FMC and others*, cit., paras. 49-51 and *Arco Chemie Nederland and others*, cit., para. 41.

attainment of the objective in question and that it does not go beyond what is necessary to attain that objective<sup>157</sup>.

**203.** Thus, from the jurisprudential analysis of the EU test of proportionality it can be drawn that it is subject to the concurrence of a series of conditions that are: firstly, as we could conclude from the analysis on the *Lankhorst Hohorst* judgement carried out in this work, regarding the purpose of the disputed loan taken out by related entities, the reality was that this constituted a rescue attempt of the subsidiary, through full reduction of spending and the attainment of an important save on bank interests, although the conditions of this operation differ from those that were practiced within independent parties.

**204.** This type of situation in which an operation is not held between linked parties, and in conditions that were practiced between independent parties, can be considered as a purely artificial arrangement, but in any case, the demand of proportionality when applying the anti-abuse measure foreseen for such situations requires that it demonstrates that valid motives exist which can justify such operation, which could be understood by the Court as a concept of objective reasonableness<sup>158</sup>.

**205.** Secondly, as we have already noticed, it is the distribution of the burden of proof as it responds to the national legislation crediting the existence of indicative elements of the existence of a purely artificial arrangement lacking in actual economic motives, so the taxpayer must be entitled to oppose the application of anti-abuse rules, providing relative elements to possible valid reasons for which the transactions took place but without being subject to excessive administrative restrictions.

**206.** Thirdly, the anti-abuse regulation must only affect the party in operation that does not fit firstly with the principal of full competition, in other words, when a State demonstrates the existence of an abuse, the measure that it adopts as a reaction mechanism must also be proportional to the very purpose of the anti-abuse clause applied, so it should limit such reaction to reverse the consequences of the elusive operation, as the Court reveals in the *Test Claimants* judgement, when confirming that, in order that a measure is compatible with the principle of proportionality its necessary that in concluding the existence of a purely artificial arrangement lacking in providing any in real commercial reasons for said transaction in question, the re-characterisation of the interest paid as a distribution profit is limited to the proportion of the interests which exceeds what would have been agreed had the relationship between the parties been one at arm's length<sup>159</sup>, without any penalty arising<sup>160</sup>.

**207.** In short, the proportionality presupposes two interests that are relevant to the legal system and who are in conflict, with the aim of giving effect to this principle one of the interests in a manner least affecting the other, always referred to in terms of a specific case; in this case, not only the application of anti-abuse measure must be appropriate for securing the attainment of the objective but it also cannot go beyond what is necessary to achieve it.

**208.** Elements such as the burden of proof, the establishment of reasonable presumptive criteria, the permeability of the norm admitting exceptions to its application, or implementation of the own criterion of necessity involving a balance of proportionality between the stakes must be absolutely respected by the State seeking to enforce a confrontation with anti-circumvention measures in EU law and especially with the free exercise of fundamental freedoms.

---

<sup>157</sup> *Gebhard*, cit., *Futura Participations and Singer*, cit., de *Lasteyrie du Saillant*, cit., and *Marks & Spencer*, cit.

<sup>158</sup> J.M. CALDERÓN CARRERO, "STJCE 13.3.2.007, C-524/04, *Case Test Claimants in the Thin Cap Group*: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)", in *Comentarios de Jurisprudencia Comunitaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 12.

<sup>159</sup> *Test Claimants in the Thin Cap Group*, cit., para. 83.

<sup>160</sup> *Halifax*, cit., para. 93.

#### IV. A concept of an abuse in UE law in tax matters

**209.** Before proposing a concept of an abuse in UE Law it may be appropriate to carry out some reflections on philosophical considerations that nourish the legal UE.

**210.** There are institutes specialising in the abuse of law and its understanding. Since their studies delve into the philosophical framework that nourishes positive Law, they cannot reach full understanding without carrying out a deep investigation on supra legal roots.

**211.** RODRÍGUEZ ARIAS examined this to perfection when he confirmed the legislator must pay attention due to the mutations in social matters when trying to avoid, where possible, maladjustments between the field of social and legal reality (...) so the theory of abuse of law arises to fill new needs in society<sup>161</sup>.

**212.** Every time it must be decided whether fault, negligence or recklessness has existed, or, where appropriate, when it is necessary to resort to standards of behaviour (such as diligent conduct a good man) in such a decision the idea of what is seen as reasonable, or not, is used. We have to admit without a doubt, that all the regulations and laws are orientated towards the achievement of a certain purpose, in such a way that whoever holds that right, or intends to enforce compliance with a standard, has discretion as to how to exercise it. However, such discretion must have certain limits, because if not, the subjective practice of law would involve the opposition of another opposing practice of law.

**213.** It is obvious that when making decisions on certain facts at legal level, it can lead us to a conclusion: that many outcomes exist. This paradox, that is not so easy if any speculative content is isolated, reveals the absolute truth; that when facing certain factual situations, the ambiguity of the wording of the required standard allows us to reach different and valid results. Meanwhile, whilst making decisions, this freedom of initial interpretation, as we have already said, leads us to the idea of what is and what is not reasonable. In this regard, reasonableness is a notion that is found increasingly more prominent at legal level, as a result of the idea of the complex reality that does not allow limits to be put in place.

**214.** Economic globalization and the breakdown of borders within the UE are two clear examples of the difficulty in finding a sealed reality. The continuous international legal flow makes it increasingly difficult to find a finished concept in Law, and in this respect the undefined legal concepts between those that find the reasonableness are legal instruments that possess a broad interpretive margin of discretion that allow to determine the correct solution in a particular case.

**215.** We will reasonably understand the term justified, non-arbitrary to then expand the term to the ordinary, the normal and the expected so that everything that is not within those conceptual boundaries is unreasonable and, therefore, not lawful. This is precisely where the notion abuse of law gets its full justification: the legality of the reasonable exercise of its own right, or fair compliance with a legal obligation, must be discovered when considering the aims that the Law had when recognising these laws and obligations, which manifestly exceed the usual limits of the practice of a right (legal standards of good faith, morality, and decency), which can be considered abusive and therefore unreasonable.

**216.** However, there hasn't always been an unanimity in the rational concept of law: authors such as DWORKIN<sup>162</sup> who argues that the individuality of law, such as the monistic concept of law, completely faces the concept of general interest, understanding the legal principals as a simple justification of individual rights facing the rest of the claims, in such a way that they intended to avoid the risk of being subordinated to conflicting collective interests.

<sup>161</sup> L. RODRÍGUEZ ARIAS, "El abuso del Derecho", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.

<sup>162</sup> R. DWORKIN, "Taking rights seriously", 5<sup>th</sup> ed. Peral Duckworth & Co. Ltd., London, 1987.

**217.** GLENDON amongst others believes that it is difficult to be able to accept the postulate in both confirming that it is impossible to admit if someone has the right to something, it is wrong for the State to deny them it, although doing so would favour the public interest<sup>163</sup>.

**218.** Based on this confrontation of ideas, it has split a referenced logic to absolute and irrevocable subjective rights, in order to get a more recent idea that defines the theory of abuse as an antisocial (abusive) practice of a subjective right. Thus, the figure of abuse of Law tends to condition the practice of law to notions that can reach to frustrate them, in the sense that a freedom of aims that would satisfy the practice of a law would go against the social interest for which the law was created<sup>164</sup>, with its functions, objectives or purposes created for only legitimately or reasonable exercise.

**219.** We can understand that the system decrees its regulations for its fulfilment, not in order to serve as a hedging instrument for different purposes than those that were given at its creation. In other words, to abuse the law does not consist of violating the rules per se, but that are in apparent conformity with it, in a juridical legitimacy of fulfilment that encloses an act that would have the obligation to not carry it out under the applied regulation.

**220.** The abuse proposes that, through the use of a recognised subjective right and protected by a regulation, it provokes damage to foreign (individual or collective, private or general) interest that is not protected by a specific legal prerogative and that is configured as something we can define as irrational or as ethically reprehensible. But how should the abuse of rights be treated? Applying moral, or ethics, in the configuration of whether the conduct being prosecuted is abusive, means the behaviour would be interpreted contextually, according to the morals and ethics of that who judges it. To define what goes against the justified, the non-arbitrary or the ordinary, normal and the expected by turning to the right, morality or the requirements of good faith (*nihil est sine ratione cur potius sit, sit non quam*) to define what is reasonable and what is not is a debate that, even today, to my mind remains open.

**221.** Consequently, to elaborate a concept of abuse of Law in the EU legislation and more concretely in the practice of the freedom of establishment that the Treaty embeds as one of the most fundamental freedoms, obliges us to carry out a series of conclusions that will be truly basic premises: on one hand, the undeniable right exists that helps citizens of the European Union to choose between those legal and tax regimes that would be more beneficial for their economic and personal interests, not invoking such election to raise a general presumption of abusive practices and serve the justification of measures that go against the practice of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty.

**222.** Carrying out cross-border operations with the purpose of benefitting from a more favourable legislation is clearly covered by the Treaty, including if this operation is carried out for tax purposes, as a national citizen cannot be deprived of the possibility of invoking provisions of the Treaty to take advantage of the fiscal benefits legally offered by the rules in force in a Member State different from that in which is resides<sup>165</sup>.

**223.** As defined in *Van Binsbergen*, it is the fact of prevailing the UE Law in an abusive or fraudulent way that will be understood as an unreasonable practice, in other words, if it is practiced with the aim of obtaining illegitimate benefits that manifestly are not relative with the intended purpose of the rule. In this regard, the UE freedoms constitute an essential point of reference when determining the spirit and purpose of the anti-abuse rules established by the Member States, and so, its fundamental purpose is the construction of the Internal Market. This comes to reflect the main context in which the

<sup>163</sup> A.M. GLENDON, "Rights Talk: The impoverishment of political Discourse", New York, 1991, p. 40.

<sup>164</sup> G. PALOMBELLA, "El abuso del derecho, del poder y del rule of law", in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 29, 2006, p. 37.

<sup>165</sup> *Barbier*, cit., para. 71.

Court of Justice has analysed the concept of abuse, and that is none other than to abusively invoke the provisions of EU Law with the aim of obtaining advantages in a way that goes against the aims and objectives of these provisions.

**224.** As we have already analysed, the abusive practice requires the concurrence of an objective element composed of an absolute distance from the purpose for which the eluded rule was created and for the carrying out of operations whose essential (and only) aim is the obtainment of an advantage that in another way has not been possible to obtain. In conjunction, the demand for a subjective element will understand the willingness to obtain a fiscal advantage, to find an artificial fiscal evasion plan that will result as more problematic to delimit because, as the Court has made clear in its declarations. It will be the local court order who should set the actual content and significance of the transactions.

**225.** The requirement of this subjective element is not peaceful even within the Court itself, whilst in *Emsland-Starke* it puts the same standards for objective and evidentiary items, however in *Hallifax* it will exclude it, inclining itself for the option that the legal system must take into consideration the purely artificial character of the operations to determine the existence of an abusive behaviour without the intentional element having greater involvement, just like in the legal, economic and/or personal natures of the links between the operators involved in the plan of reducing the tax burden.

**226.** Consequently, it is essential to take into consideration the purely artificial character of the operations that must be seen through elements verified by third parties on which the absence of an actual establishment intended for the effective deployment of economic activities is apparent, particularly where the actual presence of premises, staff and equipment is concerned.

**227.** If the verification of these elements deduces that a fictitious deployment exists in which no effective economic activity is carried out in the territory of the hosting Member State, it should be considered that this creation has the characteristics of a purely artificial arrangement and that it is not acceptable under the intended purpose of the UE legal system.

**228.** As we have seen, the change of scheme in the tax sphere has certain complex elements: it is obvious that it is difficult to accept that the tax burden reduction constitutes as an illicit advantage manifestly unrelated to the purpose of the UE legislation, and in this sense, the Court has manifested, as a reason to justify the application of anti-abuse measures, when rejecting purely economic causes in terms of tax collection.

**229.** The practice of the fundamental freedoms allows its use to make the most of the differences of tax treatment derived from the tax competition existing between the Member States; consequently, such use cannot be punished, under any concept, by national regulations. Only when their own objectives of the freedoms or the rules of secondary legislation have been breached abusively, is when such behaviour deserves response from the national regulations according with the UE regulations.

**230.** In conclusion, the abuse of Law supposes the act of overflow in a way that obtains a purpose remote from the one that is understood correctly, which requires interpretive work from the fundamental freedoms involved and as we have abundantly exposed, combining the teleological elements with the explained objectives. As a colophon to this work, and taking into account the jurisprudence of the European Court of Justice already analysed, we understand that a concept of abuse of law in the practice of the freedom of establishment could be defined as the practice consisting in the creation of purely artificial arrangements, lacking any real economic content, that is destined solely to circumvent the tax regulation, that in normal circumstances would have been a mandatory, with the sole aim of obtaining an illicit tax advantage.

# PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA DE COMPETENCIA. ESTUDIO DE LA GUÍA ESPAÑOLA Y OTRAS EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO\*

## COMPLIANCE PROGRAMMES IN RELATION TO ANTITRUST. STUDY OF THE SPANISH GUIDE AND OTHER COMPARATIVE LAW EXPERIENCES

MARÍA FLORA MARTÍN MORAL

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil  
Universidad de Valladolid*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 07.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6264>

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto comparar la situación española, anterior y posterior a la Guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento normativo en relación con la defensa de la competencia, de 10 de junio de 2020, con otras experiencias tomadas del Derecho Comparado y con el criterio seguido por la Comisión Europea, reparando en la determinación de los requisitos de eficacia de los programas cumplimiento y en su papel a la hora de establecer el importe de las sanciones.

**Palabras clave:** defensa de la competencia, programa de cumplimiento normativo, autoridad de competencia, sanción.

**Abstract:** This paper aims to compare the Spanish situation, before and after the CNMC Guide on compliance programmes in relation to antitrust, of 10 June 2020, with other experiences from comparative law and with the criteria followed by the European Commission. We pay special attention to the determination of the effectiveness requirements of compliance programmes and to their role in stabilising the amount of penalties.

**Keywords:** antitrust, compliance programmes, competition authority, penalty

**Sumario:** I. Introducción: El auge de los programas de *compliance* en materia de competencia. II. Comisión Europea: “La importancia de cumplir”. 1. Estrategias dirigidas a prevenir la infracción de las normas de defensa de la competencia. 2. Cómo limitar la exposición de la empresa cuando ya ha fallado la estrategia. III. Guías sobre *compliance* en materia de competencia en algunos países de nuestro entorno. 1. Reino Unido. A) Introducción. B) Programas de cumplimiento eficaces. C) Determinación del importe de la sanción. 2. Francia. A) Introducción. B) Programas de cumplimiento eficaces. C) Determinación del importe de la sanción. 3. Italia. A) Introducción. B) Programas de cumplimiento eficaces. C) Determinación del importe de la sanción. IV. Programas de *compliance* en materia de competencia en España. 1. Los programas de *compliance* en relación con la defensa de la competencia antes de la Guía de la CNMC. 2. Guía de la CNMC de programas de *compliance* en relación con la defensa de la competencia. A) Introducción. B) Programas de cumplimiento eficaces según la Guía de la CNMC. C) Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC. 3. La aplicación de las previsiones de la Guía de la CNMC: Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, en el expediente S/DC/0627/18, Consultoras. V. Consideraciones finales.

---

\* Este trabajo se ha realizado al amparo de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: “El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain” (RTI2018-094201-B-C22) y “Ganancias ilícitas y Derecho Penal” (RTI2018-094287-B-I00).

## I. Introducción: El auge de los programas de *compliance* en materia de competencia

1. La CNMC, en su *Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia*, de 10 de junio de 2020, define los programas de cumplimiento como “herramientas que permiten a los operadores económicos prevenir, detectar y reaccionar de manera temprana ante conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación”.

2. La previsión del art. 31 bis en el Código Penal (en adelante, CP), eximiendo de responsabilidad penal a las personas jurídicas que hayan adoptado y ejecutado eficazmente un programa de prevención de riesgos penales o *compliance*, ha generado una tendencia favorable a la incorporación en las empresas de programas de cumplimiento normativo<sup>1</sup>.

Para el Derecho Penal, los beneficios son obvios. El citado precepto prevé, bajo la concurrencia determinadas condiciones –véase el art. 31 bis 2 y 4 del CP-, la posible exención de responsabilidad para aquellas empresas que cuenten con un programa de *compliance* penal antes de la comisión del delito o, en caso de acreditación parcial de las mencionadas circunstancias, su atenuación. El propio legislador concreta, en el art. 31. bis 5 CP, los requisitos que han de cumplir los citados modelos de organización y gestión. Asimismo, el art. 31. quarter CP considera, como atenuante, las medidas de *compliance* adoptadas después de la comisión del delito.

3. En el ámbito del Derecho de la Competencia, muchas empresas han formulado programas que pretenden evitar o detectar, de forma temprana, comportamientos anticompetitivos. Sin embargo, el incentivo para hacerlo no resulta tan claro como en el Derecho Penal, ya que ni la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ni el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), hacen mención a ningún tipo de medida de cumplimiento normativo.

Es innegable que la existencia de estos programas en materia de competencia facilita la participación de las empresas en los programas de clemencia y que, acogerse a un programa de clemencia, sí que permite la exención del pago de la multa a aquellas empresas que formen parte de un cártel y pongan en conocimiento de la autoridad de competencia su existencia, permitiendo iniciar una investigación; o la reducción de su importe, si la autoridad ya tenía conocimiento de dicho cártel, siempre y cuando se aporten elementos de prueba sustantivos, cumpliendo con los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo (arts. 65 y 66 LDC, en relación con los arts. 46 a 53 RDC).

Pero lo cierto es que, al margen de ese beneficio indirecto, hasta junio de 2020, fecha en la que la CNMC publica la ya citada Guía sobre programas de cumplimiento, nuestra autoridad de competencia había dado escaso valor a los programas de *compliance* en el ámbito de los expedientes sancionadores incoados por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, siendo considerados, solo en contadas ocasiones, un elemento moderador de la responsabilidad.

4. Hoy, la Guía reconoce expresamente a los programas de cumplimiento la capacidad de atenuar la responsabilidad de la empresa infractora y, en consecuencia, modular la sanción, tal y como ya contemplaban las autoridades de competencia de algunos países de nuestro entorno en documentos similares<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, extiende la responsabilidad penal a la persona jurídica, considerando entre las circunstancias atenuantes “haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”(art. 31.bis 4), si bien es cierto, el impuso definitivo tiene lugar con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que regula de forma más detallada el *compliance* penal.

<sup>2</sup> Véase el trabajo de J. A. RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, “Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, en de J. M. BENEYTO PÉREZ y J. M. GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, en el que afirma, tras la citada reforma de 2015 del art. 31 bis del CP, que dotar de un valor a

5. El presente trabajo tiene como objetivo comparar la situación española, anterior y posterior a la Guía, con otras experiencias tomadas del Derecho Comparado y con el criterio seguido por la Comisión Europea, reparando en la determinación de los requisitos de eficacia de los programas de cumplimiento y en su papel a la hora de establecer el importe de las sanciones.

## II. Comisión Europea: “La importancia de cumplir”

6. La Comisión, como autoridad de competencia de la Unión Europea, muestra su preocupación por el correcto cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, y en su Guía, *La importancia de cumplir: Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE*<sup>3</sup>, llama a las empresas a adoptar medidas de *compliance*, dirigidas a prevenir ilícitos anticompetitivos.

### 1. Estrategias dirigidas a prevenir la infracción de las normas de defensa de la competencia

7. La Comisión invita a las empresas a definir una estrategia clara, adaptada a la realidad de cada empresa, con el objetivo de crear una cultura de cumplimiento. Considera la Comisión que dichas estrategias han de cumplir con los siguientes requisitos<sup>4</sup>:

- 1º) Identificar el riesgo general y la exposición individual: Una buena estrategia de cumplimiento deberá basarse en un análisis de los riesgos a los que está expuesta la empresa. Para la identificación de estos riesgos, han de tenerse en cuenta factores tales como el sector de actividad, la frecuencia, el nivel de interacción de la empresa con competidores o las características del mercado; habiendo siempre de tener en cuenta que el riesgo varía en función del puesto que ocupe cada trabajador.
- 2º) Exponer de forma explícita la estrategia: Tan importante como definir bien la estrategia de cumplimiento, es darla a conocer. Es por ello que las estrategias habrán de exponerse preferiblemente por escrito, de forma clara y sencilla y en todas las lenguas que se empleen en la empresa. Estos “manuales”, además de describir de forma genérica la legislación de defensa de la competencia de la UE, su finalidad, aplicación o los potenciales costes derivados del incumplimiento, ofrecerán orientaciones para los concretos ámbitos de riesgo.
- 3º) Compromiso visible y duradero con la estrategia de cumplimiento por parte de la alta dirección: Resulta esencial la implicación de la alta dirección con las políticas de cumplimiento, aconsejándose la designación de un alto directivo como responsable de cumplimiento.

8. La estrategia de cumplimiento ha de ir acompañada de actos formales de reconocimiento por parte del personal y una consideración del esfuerzo de cumplimiento en la evaluación del personal, a través de incentivos y sanciones<sup>5</sup>. La Comisión destaca, también, la importancia de incluir mecanismos adecuados de información interna.

9. Asimismo, incide sobre la importancia de la actualización constante de la estrategia, la habilitación de puntos de contacto, que permitan al trabajador asesorarse, en caso de dudas sobre la compatibilidad de un determinado comportamiento o acuerdo con las normas de la competencia, y la formación adecuada sobre la materia<sup>6</sup>.

---

los programas de cumplimiento en materia de competencia es un reto que “las Autoridades de competencia podrían acometer aprovechando el eco que a buen seguro tendrá su implantación en materia penal”.

<sup>3</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La importancia de cumplir: Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012.

<sup>4</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La importancia de cumplir... cit.*, punto 4.1.

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La importancia de cumplir... cit.*, punto 4.2.

<sup>6</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La importancia de cumplir... cit.*, punto 4.3.

10. Finalmente, entiende que los controles y las auditorías también pueden ser herramientas eficaces para prevenir y detectar comportamientos anticompetitivos dentro de la empresa<sup>7</sup>.

## 2. Cómo limitar la exposición de la empresa cuando ya ha fallado la estrategia de cumplimiento

11. Una estrategia de cumplimiento efectiva debe de evitar que se produzca el incumplimiento, no obstante, siempre cabe la posibilidad de que se produzca la infracción, en cuyo caso, la estrategia serviría para limitar la exposición de la empresa, poniendo fin a la conducta anticompetitiva cuanto antes y, en su caso, cooperando con la autoridad de competencia, en el marco de un programa de clemencia o de un procedimiento de transacción<sup>8</sup>.

La Comisión Europea destaca así la función preventiva de las estrategias de *compliance*, no reconociendo una función moderadora de la responsabilidad de la empresa infractora<sup>9</sup>.

## III. Guías sobre *compliance* en materia de competencia en algunos países de nuestro entorno

### 1. Reino Unido

#### A) Introducción

12. En Reino Unido, la *Office of Fair Trading* (OFT), en junio de 2011, publica su Guía: *How your business can achieve compliance with competition law*<sup>10</sup>, que sustituye a su Guía rápida: *How Your Business Can Achieve Compliance*<sup>11</sup>, de 2005. A través de esta nueva guía, la OFT pretende avanzar en la cultura de cumplimiento normativo, ofreciendo a las empresas una pauta dirigida a implementar herramientas de *compliance* eficaces y premiando sus esfuerzos, en caso de infracción, a la hora de determinar la sanción.

13. Conviene, también, destacar la publicación *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition. An OFT report*, en mayo de 2010<sup>12</sup>, en la que la autoridad de competencia inglesa,

<sup>7</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La importancia de cumplir... cit.*, punto 4.4.

<sup>8</sup> Sobre el criterio de la Comisión Europea, se muestra muy crítica P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La importancia de los programas de cumplimiento (*compliance programmes*) en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, apartado III, posición que reitera en P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de la competencia”, en L. ARROYO JIMÉNEZ y A. NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

<sup>9</sup> Apunta, Y. MARTÍNEZ MATA, “Los programas de «*compliance*» en derecho de la competencia”, en S. SUBIRANA DE LA CRUZ, y M. FORTUNY CENDRA (dirs.), *Compliance en el sector público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, que en los años 80 y 90 sí se dictaron algunas decisiones en las que se valoraron positivamente la implementación de programas de *compliance ex post*, pero que, a día de hoy, “no tienen ningún impacto, ni positivo ni negativo, en un procedimiento sancionador”. En este mismo sentido, J. A. RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, “El reto de la implantación de los PDC en materia *antitrust* en España”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 17, 2015; A. ANGULO GARZARO, “Los *compliance programs* en el derecho de la competencia como medida preventiva de futuros procedimientos sancionadores”, en X. A. LLUNCH (coord.), *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, 2014; o P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La importancia de los programas de cumplimiento (*compliance programmes*) en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *cit.*, nota a pie de página n.º 15. Asimismo, P. J. WILS, WOUTER., “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013, p. 5, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2176309>, en su nota a pie de página 3, cita siete decisiones, dictadas durante el período entre 1982 y 1992, en las que sí se tuvo en cuenta la existencia de un programa de *compliance* como elemento moderador de la sanción, a saber: “Decisions of 7 December 1982, *National Panasonic*, [1982] L 354/28; of 14 December 1984, *John Deere*, [1985] OJ L 35/58; of 16 December 1985, *Sperry New Holland*, [1985] OJ L376/21; of 18 December 1987, *Fisher-Price/Quaker Oats – Toyco*, [1988] OJ L 49/19; of 22 December 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, [1988] OJ L65/19; of 18 July 1988, *British Sugar*, [1988] OJ L 284/41; of 5 June 1991, *Viho/Toshiba*, [1991] OJ L 287/39; and of 15 July 1992, *Viho/Parker Pen*, [1992] OJ L233/27”.

<sup>10</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business can achieve compliance with competition law*, junio de 2011

<sup>11</sup> OFT 424, *How Your Business Can Achieve Compliance*, 2005

<sup>12</sup> OFT 1227, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition. An OFT report*, mayo de 2010

tras el análisis de las actividades de *compliance* de 22 grandes empresas, pretende comprender mejor los retos prácticos a los que se enfrentan las empresas que tratan de lograr una cultura de cumplimiento, a través de un análisis de los motivos que las mueven a cumplir o incumplir las normas de defensa de la competencia.

14. Asimismo, la OFT publica una guía, bajo el título *Company directors and competition law*, en junio de 2011<sup>13</sup>, con el objetivo de ayudar a los directores de empresas a comprender sus responsabilidades en el marco del Derecho de la Competencia.

15. En el año 2014, la *Competition and Markets Authority* (CMA), que desde el 2013 reemplaza a la OFT y a la *Competition Commission*, publica la *Quick Guide to Complying with Competition Law*<sup>14</sup> y, más recientemente, la *Draft CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, de 18 de marzo de 2019, en la que recuerda los efectos que las actividades de *compliance* pueden tener en la cuantificación de la pena, y la actualización de la *Guidance: Competition law risk: a short guide*, de 10 de septiembre de 2020<sup>15</sup>.

16. El número de documentos que aluden de alguna forma a los programas de *compliance* prueban la importancia que, para la autoridad de competencia inglesa, tiene lograr en el ámbito de las empresas una cultura de cumplimiento en relación con el Derecho de defensa de la competencia.

## B) Programas de cumplimiento eficaces

17. La autoridad de competencia inglesa considera fundamental el compromiso de cumplimiento por parte del personal de alta dirección de la empresa (*from de top down*), considerando que su compromiso claro e inequívoco con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia resulta fundamental para el éxito del programa de cumplimiento<sup>16</sup>.

18. Partiendo de esta premisa, la OFT plantea un enfoque basado en los riesgos, dividido en cuatro pasos<sup>17</sup>:

1º) Identificación de los riesgos: La OFT llama a las empresas a analizar su negocio y a identificar las áreas más expuestas a las infracciones del Derecho de la Competencia. Con frecuencia, tales riesgos dependerán de la naturaleza y el tamaño de la empresa.

La autoridad de competencia inglesa, en la Guía *How your business can achieve compliance with competition law*, destaca, a modo de ejemplo, algunos de los riesgos potenciales más comunes, con el fin de orientar a las empresas en la implantación de sus actividades de *compliance*<sup>18</sup>.

2º) Evaluación de los riesgos: Una vez identificados los riesgos, el siguiente paso consiste en determinar su nivel de gravedad. Se recomienda a las empresas clasificarlos como bajos, medios y altos, dejando abierta la posibilidad de emplear otra escala.

Ya evaluados los riesgos, se destaca la conveniencia de clasificar también al personal en función de su exposición (personal de alto riesgo, personal de riesgo medio y personal de

<sup>13</sup> OFT 1340, *Company directors and competition law*, junio de 2011

<sup>14</sup> CMA, *Quick Guide to Complying with Competition Law. Protecting businesses and consumers from anti-competitive behaviour*, 2014

<sup>15</sup> CMA, *Guidance: Competition law risk: a short guide*, actualizada el 10 de septiembre de 2020

<sup>16</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 2. Véase, asimismo, OFT 1340, *Company directors...cit.*, donde se insiste en la importancia de este compromiso.

<sup>17</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 1.15 y ss.

<sup>18</sup> Véanse, con detalle, en OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 3.3 (en relación a cárteles), 3.5 (en relación a otros posibles acuerdos anticompetitivos), 3.9 y 3.10 (en relación al abuso de posición de dominio).

riesgo bajo). Por ejemplo, el personal que trata con competidores estaría clasificado como de riesgo alto, sin embargo, el personal de mano de obra, se consideraría de riesgo bajo<sup>19</sup>.

- 3º) Mitigación de los riesgos: Tras la identificación y evaluación de los riesgos, la empresa ha de implementar actividades de formación, políticas y procedimientos encaminados a la prevención, incluyendo la introducción de medidas disciplinarias internas en caso de incumplimiento.

Se trata de conseguir una efectiva cultura de cumplimiento en materia de competencia, empleando las acciones apropiadas para el tamaño de la empresa y la naturaleza de los riesgos identificados.

- 4º) Revisión: Por último, las empresas deben de revisar regularmente su plan de cumplimiento normativo, para asegurarse de que existe un verdadero compromiso con la política de cumplimiento, así como comprobar que los riesgos identificados o la evaluación de los mismos no han cambiado y que las actividades de mitigación siguen siendo adecuadas y eficaces.

Es indudable que, a lo largo de la vida de una empresa, los riesgos pueden cambiar. A modo de ejemplo, indica la OFT cómo el incremento de la cuota de mercado de una empresa puede exponerla a la infracción de las normas sobre abuso de posición de dominio.

No existe un periodo de revisión estándar, sino que es la empresa la que debe decidir la frecuencia de las revisiones. Al margen de las revisiones periódicas, es conveniente la realización de revisiones puntuales, cuando se produzcan circunstancias tales como la apertura de una investigación relativa a las infracciones del Derecho de la Competencia que afecte a la empresa o la apertura del negocio a nuevos mercados.

### C) Determinación del importe de la sanción

19. La OFT, en su *Guidance: How your business can achieve compliance with competition law*, parte de la premisa de que el principal beneficio que deriva de un programa de cumplimiento eficaz es el de evitar las infracciones de las normas de defensa de la competencia. Por ende, la realización de actividades de *compliance* no influyen, en un principio, en la determinación de la multa<sup>20</sup>.

20. Si bien es cierto, reconoce, en supuestos concretos, una reducción del importe de la multa de hasta un 10%, si se han implementado las medidas de cumplimiento adecuadas<sup>21</sup> en materia de competencia<sup>22</sup>, bien sea antes de haberse producido la infracción o de forma inmediata al conocimiento por parte de la empresa de la posible infracción del Derecho de la Competencia<sup>23</sup>.

La concesión de dicha reducción y, en su caso, la determinación de su cuantía, se realizará caso por caso, en función de la adecuación de las medidas de *compliance* adoptadas. La autoridad de competencia inglesa otorga especial valor a las medidas de cumplimiento adoptadas *ex post*, considerándolas un “factor relevante”<sup>24</sup>.

21. Como regla general, en caso de infracción, la existencia de un programa de cumplimiento podría considerarse, en principio, una circunstancia agravante, puesto que ello supondría desincentivar la adopción de políticas de cumplimiento<sup>25</sup>. Si bien es cierto, la OFT considera esta posibilidad en

<sup>19</sup> Véanse, con detalle, los ejemplos que ofrece la OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, en los apartados 4.5 a 4.6.

<sup>20</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 7.1.

<sup>21</sup> Según la OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 7.3, siempre que se pretenda una reducción de este tipo, la empresa habrá de probar que las medidas de *compliance* adoptadas responden a los pasos descritos, resultando adecuadas para el tamaño de la empresa y su nivel de riesgo.

<sup>22</sup> Medidas dirigidas al cumplimiento de las prohibiciones recogidas en los capítulos I y II de la *Competition Act 1998* y los arts.101 y 102 TFUE.

<sup>23</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 7.1.

<sup>24</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 7.4.

<sup>25</sup> OFT 1227, *Drivers of Compliance... cit.*, 1.14.

situaciones en las que el programa se utilice para facilitar la infracción, para engañar a la autoridad de competencia en cuanto a la existencia de la infracción o para intentar ocultarla<sup>26</sup>.

22. De forma más reciente, en septiembre de 2019, la CMA, en la *Draf CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, reitera este criterio. Recogiendo, entre las circunstancias atenuantes, la adopción de medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de las prohibiciones del capítulo I y del capítulo II de la *Competition Act*, aludiendo expresamente, a pie de página, a la reducción del 10 % para aquellas empresas infractoras que hubiesen adoptado medidas eficaces de *compliance*, incluso a la posibilidad excepcional de considerar tales medidas como una circunstancia agravante<sup>27</sup>.

## 2. Francia

### A) Introducción

23. El 16 de mayo de 2011, la *Autorité de Défense de la Concurrence* (ADC) publica una Comunicación relativa al método de determinación de las sanciones pecuniarias<sup>28</sup>, en la que no hace una especial referencia a la incidencia de los programas de cumplimiento en la individualización de la multa, pero sí anima a las empresas a implementar programas de cumplimiento normativo en materia de competencia y anuncia la próxima publicación de un documento marco sobre el particular<sup>29</sup>.

24. La ADC publica el anunciado Documento marco el 10 de febrero de 2012<sup>30</sup>. En él destaca la conveniencia de contar con un programa de cumplimiento eficaz, indica las condiciones que ha de reunir dicho programa para alcanzar tal eficacia y desvela su criterio a la hora valorarlo para la determinación de la multa, particularmente en el marco del procedimiento de *non-cotestation des griefs* (*settlements*).

25. Con motivo la reforma del art. 464.2 del Código de Comercio por la *Loi n° 2015-990 du pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, de 6 de octubre de 2015, por la que se crea un nuevo procedimiento de *transaction*, reemplazando al denominado *procédure de non-contestation des griefs*, la ADC dicta una nueva Comunicación relativa a los procedimientos de transacción y los programas de cumplimiento, el 19 de octubre de 2017<sup>31</sup>, que viene a sustituir a la Comunicación de 10 de febrero de 2012 relativa a los procedimientos de *non-contestation des griefs*<sup>32</sup>. El citado documento anula, también, las referencias que, a este antiguo procedimiento, realizaban la ya mencionada Comunicación sobre al método de determinación de sanciones pecuniarias y el Documento marco<sup>33</sup>.

26. A través de esta nueva Comunicación, la autoridad de competencia francesa se reafirma en la importancia de los programas de cumplimiento normativo y en el protagonismo que deben desempeñar en la gestión diaria de las empresas, especialmente en aquellas de tamaño considerable. No obstante, como se explica más adelante, pierden importancia para la determinación de la multa.

<sup>26</sup> OFT 1341, *Guidance: How your business... cit.*, 7.5.

<sup>27</sup> CMA 73, *Draf CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, 18 de marzo de 2019, p.12 y nota pie de página 30.

<sup>28</sup> ADC, *Communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*

<sup>29</sup> Así se anuncia en la primera nota a pie de página de ADC, *Communiqué de l'Autorité du 16... cit.*: « [l']Autorité encourage les entreprises à se doter de programmes de conformité aux règles de concurrence. « son approche de la conformité fera prochainement l'objet d'un document-cadre destiné à les [les entreprises] aider à assurer l'efficacité de ces programmes. Par ailleurs, les modalités suivant lesquelles l'Autorité peut tenir compte de propositions d'engagements de mise en place de tels programmes présentées dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs prévue par le III de l'article L.464-2 du code de commerce, en accordant une réduction de sanction pécuniaire si ces engagements sont pertinents, crédibles et vérifiables, seront précisées dans un communiqué de procédure à ce sujet ».

<sup>30</sup> ADC, *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence*

<sup>31</sup> ADC, *Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité*

<sup>32</sup> ADC, *Communiqué du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs*

<sup>33</sup> ADC, *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*

## B) Programas de cumplimiento eficaces

27. El Documento marco sobre programas de cumplimiento en materia de competencia enumera una serie de elementos que considera que deben estar siempre presentes en un programa de cumplimiento para que éste sea eficaz<sup>34</sup>. A saber:

- 1º) Un compromiso público de la empresa:  
La empresa ha de manifestar una posición clara, firme y pública de los órganos de administración y los directivos de la empresa, subrayando la importancia del respeto de las normas de defensa de la competencia y asumiendo el compromiso de cumplir y apoyar el programa, habida cuenta de las importantes consecuencias negativas que podrían derivar del incumplimiento. Dicho compromiso resulta esencial, tanto para la economía y reputación de la propia empresa, como para el mercado y los consumidores.
- 2º) La designación de un responsable de cumplimiento:  
El programa, ha de contener, asimismo, el compromiso de designar a una o varias personas, dentro del seno de la empresa, como encargadas de la puesta en marcha y funcionamiento del programa de cumplimiento. El responsable de cumplimiento será designado por los órganos de administración o dirección de la empresa, se dedicará de forma exclusiva o, al menos, significativa a la gestión del programa, accederá directamente a los órganos de administración de la empresa para informarles sobre su correcta aplicación, contará con los poderes oportunos para garantizar su aplicación efectiva y habrá de contar con los recursos humanos y financieros necesarios, en atención al tamaño y características de la empresa.
- 3º) El compromiso de implementar medidas eficaces de información, formación y sensibilización:  
Este compromiso comporta el diseño y difusión entre los empleados de la empresa de materiales explicativos sobre el significado y el alcance de las normas de competencia, la importancia que su cumplimiento tiene tanto para la empresa como para cada uno de ellos, a título personal, y los mecanismos internos para obtener asesoramiento o advertir de las infracciones reales o potenciales.  
Asimismo, habrán de habilitarse herramientas de comunicación interna sobre la existencia y la finalidad del programa de cumplimiento.  
El Documento marco incide, también, en la importancia de la formación. Considera necesarias, en primer lugar, una formación regular y obligatoria para todos los empleados, en atención a los riesgos a los que se ven expuestos en función de las tareas que desempeñan, y, en segundo lugar, formaciones puntuales en atención a casos particulares, como puede ser una nueva contratación.  
La ADC cree conveniente extender la información relativa a la existencia y finalidad del programa de cumplimiento a los principales socios comerciales y, en su caso, a los accionistas.
- 4º) El compromiso de implementar mecanismos efectivos de control, auditoría y alerta:  
La empresa ha de implementar mecanismos internos para solicitar asesoramiento al responsable del programa sobre cuestiones relativas al cumplimiento de las normas de competencia y, en su caso, denunciar la comisión de una infracción, garantizando el anonimato y la ausencia de represalias.  
Además, habrá de realizar evaluaciones periódicas de los distintos aspectos del programa de cumplimiento, pudiendo resultar necesario acudir a terceros.
- 5º) El compromiso de implementar un dispositivo efectivo de seguimiento.  
Dichos dispositivos han de incluir un procedimiento de tramitación de las solicitudes de asesoramiento, de examen de las alertas y de análisis de las medidas de seguimiento; así como una escala de sanciones para los infractores, que pueda contemplar incluso el despido o la destitución de un cargo empresarial. También podría considerarse la aprobación de un

<sup>34</sup> Para más detalles, véase el epígrafe III del ADC, *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*

sistema de incentivos que premie al infractor que colabora en el marco del programa con una exención total o parcial de la sanción disciplinaria.

28. La autoridad de competencia francesa advierte que la simple concurrencia de estos cinco elementos no justifica *per se* la eficacia del programa de cumplimiento, habiendo de examinarse caso por caso su idoneidad. No existe un programa de cumplimiento tipo, sino que estos habrán de contemplar los concretos riesgos a los que las empresas se encuentran expuestas, así como adaptarse a sus características particulares (su naturaleza, su tamaño, el mercado en el que actúa, su forma de organización...).

### C) Determinación del importe de la sanción

29. Según la ADC, un programa de cumplimiento eficaz ha de perseguir dos objetivos: En primer lugar, el de evitar la infracción y, en segundo lugar, cuando el primero no se haya logrado, el de detectar de forma temprana una conducta ilícita<sup>35</sup>.

30. La autoridad de competencia francesa, en el ya citado Documento marco de 2012, reconocía que la existencia de un programa de cumplimiento puede facilitar la participación en un programa de clemencia y, en consecuencia, la obtención del beneficio de la exención o la reducción del importe de la multa, sin embargo, dicho beneficio excluía cualquier otra reducción de la sanción, que pudiera acordarse en función de la existencia del programa de cumplimiento<sup>36</sup>.

31. Asimismo, la ADC entendía que, si no se había presentado solicitud de clemencia o no se reunían los requisitos para poder hacerlo, tampoco se justificaba que la existencia de un programa de cumplimiento fuese valorada para la determinación de la sanción. Por ende, en estos casos, la implementación de un programa de cumplimiento eficaz, anterior a la infracción (programa de cumplimiento *ex ante*), no se tenía en cuenta como atenuante, dado que su mera existencia no altera la realidad de la infracción, ni la gravedad y la importancia del daño que se haya podido causar; pero tampoco podía considerarse una agravante, incluso en aquellos casos en los que quedase probada la participación de los administradores sociales o directivos de la empresa en la infracción, obviando el compromiso adoptado en el programa de cumplimiento<sup>37</sup>.

32. Si bien es cierto, en el marco del derogado procedimiento de *non-contestation des griefs*, la ADC sí tenía en cuenta, como elemento moderador de la sanción, el compromiso sustancial, serio y verificable de implementar un programa de cumplimiento eficaz o mejorar aquél con el que ya contaba la empresa. En estos casos, con independencia de la reducción derivada de no presentar alegaciones frente al pliego de cargos, la autoridad de competencia se comprometía a acordar una reducción de hasta un 10% de la multa. A esta reducción podían sumarse otras, como resultado de la adopción de compromisos adicionales en el marco del procedimiento de *non-contestation des griefs*, no permitiéndose nunca superar el límite del 25%<sup>38</sup>.

33. Sin embargo, con motivo de la aprobación del nuevo procedimiento de *transaction*, la autoridad de competencia francesa, en su Comunicación relativa a los procedimientos de transacción y los programas de cumplimiento de 2017, aclara que el objeto de los programas de *compliance* en materia de competencia no ha de ser nunca el de justificar, en su caso, una atenuación de la sanción, especialmente

<sup>35</sup> ADC, *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*, punto 11.

<sup>36</sup> ADC, *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*, punto 27.

<sup>37</sup> ADC, *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*, puntos 24-26.

<sup>38</sup> ADC, *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*, puntos 29-31, en relación con la ADC, *Communiqué du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs*.

cuando se trata de infracciones particularmente graves, como los acuerdos e intercambios de información sobre precios futuros y política comercial<sup>39</sup>.

### 3. Italia

#### A) Introducción

34. La *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), en relación a los criterios de determinación de la sanción, publica la *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*, de 22 de octubre de 2014, n. 25152, considerando, entre las circunstancias atenuantes, la adopción y cumplimiento de un programa de *compliance* en materia de defensa de la competencia, adecuado y en línea con las mejores prácticas europeas y nacionales<sup>40</sup>.

35. Cuatro años después, la AGCM publica una nueva guía, *Linee Guida Sulla Compliance Antitrust*, de 25 de septiembre de 2018, que actualiza el parecer de la autoridad de competencia italiana en relación a tales proyectos de cumplimiento, con el fin de promover una cultura de la competencia, prevenir infracciones, alcanzar la seguridad jurídica, en cuanto a los criterios de evaluación de los programas de cumplimiento a los efectos de la atenuación, y articular un sistema de incentivos coherente con los programas de clemencia<sup>41</sup>.

#### B) Programas de cumplimiento eficaces

36. La autoridad de competencia italiana entiende que un programa de cumplimiento adecuado, en línea con las mejores prácticas europeas y nacionales, ha de contener los siguientes elementos<sup>42</sup>:

1º) El cumplimiento de las normas de defensa de la competencia como parte integrante de la cultura y la política de la empresa:

Un programa de cumplimiento normativo eficaz requiere un claro reconocimiento del valor del respeto hacia las normas de defensa de la competencia como parte integrante de la cultura y la política de la empresa.

La AGCM entiende que ello implica dedicar los recursos suficientes a la aplicación del programa y proporcionar al responsable del programa autonomía e independencia, así como los recursos adecuados.

Este compromiso de la empresa puede materializarse en un reconocimiento expreso a través códigos éticos o de buena conducta, así como en la elaboración de un programa de cumplimiento normativo específico, destinado expresamente a garantizar el cumplimiento de las normas de defensa de competencia.

<sup>39</sup> ADC, *Communiqué du 19 octobre 2017... cit.*, reflejando lo dispuesto en el punto 464 de la *Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2012 relative à des pratiques dans le secteur des revêtements de sols résilients*. Conviene recordar que esta comunicación "deroga" el *Document-cadre du 10 février 2012... cit.*

<sup>40</sup> AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*, de 22 de octubre de 2014, n. 25152, párrafo 23: "l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali. La mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)".

<sup>41</sup> AGCM, *Linee Guida Sulla Compliance Antitrust*, de 25 de septiembre de 2018, punto 3.

<sup>42</sup> Con más detalle, consúltese la AGCM, *Linee Guida Sulla Compliance... cit.*, puntos 7-16.

2º) Identificación y evaluación del riesgo *antitrust* específico de la empresa:

El programa de cumplimiento debe desarrollarse sobre la base de un análisis cuidadoso del riesgo al que se enfrenta la empresa de incurrir en una conducta anticompetitiva (“riesgo *antitrust*”). El análisis de los riesgos permite identificar las prioridades de intervención, mediante la identificación de las áreas más expuestas, y las actividades de prevención más adecuadas.

En opinión de la AGCM, la adecuación del programa de cumplimiento a los riesgos específicos de la empresa es un elemento clave a la hora de valorar su eficacia a efectos de ser considerado una circunstancia atenuante, puesto que, en última instancia, la eficacia del programa depende de su capacidad para prevenir y gestionar los riesgos *antitrust*, con el fin de minimizarlos o eliminarlos por completo.

3º) Actividades de formación y *know-how*:

El programa debe de prever una formación adecuada al tamaño y al contexto de la empresa, acorde a los riesgos *antitrust* a los que está expuesta.

En aras de lograr una cultura de cumplimiento, los trabajadores, principalmente aquellos más expuestos al riesgo, deben de recibir una formación periódica, mediante cursos, manuales o *guías*, acorde a las necesidades específicas de la empresa.

4º) Procedimientos de gestión del riesgo *antitrust*:

En atención a las características de la empresa y al contexto en el que opera, un programa de cumplimiento eficaz debe incluir procedimientos internos de gestión del riesgo *antitrust*, configurándose dichos mecanismos como una parte de la actividad normal de la empresa<sup>43</sup>.

5º) Sistema de incentivos:

El programa debe de contemplar un sistema adecuado de medidas disciplinarias e incentivos diseñados para garantizar su cumplimiento<sup>44</sup>.

6º) Auditoría y mejora continua del programa:

Un programa de cumplimiento creíble no puede ser una actividad puntual, sino que requiere de un seguimiento periódico y, en su caso, de actualización. Sin perjuicio de la necesaria verificación periódica del programa de cumplimiento, la AGCM pone el énfasis en la importancia de la revisión del programa cuando se produzcan cambios en la actividad empresarial o en el contexto en el que se opera.

### C) Determinación del importe de la sanción

37. La AGCM considera que la existencia de un programa de cumplimiento normativo eficaz puede ser considerada una circunstancia atenuante, reconociendo tal eficacia, no solo a los programas *ex ante*, sino también a aquellos aprobados con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador (programas *ex post* o programas *ex novo*, término, este último, utilizado por la autoridad de competencia italiana).

Tratamiento de los programas *ex ante*:

38. Con respecto a los programas de cumplimiento implementados antes del inicio de la instrucción del procedimiento sancionador, la AGCM distingue entre si la empresa cuenta con un programa eficaz, con un programa manifiestamente inadecuado o con un programa no manifiestamente inadecuado.

<sup>43</sup> La AGCM, *Linee Guida Sulla Compliance... cit.*, punto 13, destaca, entre tales procedimientos, mecanismos para la solícitud de información o asesoramiento, canales de denuncia que garanticen el anonimato del denunciante, auditorías internas, investigaciones periódicas, asesoramiento jurídico de terceros, etc.

<sup>44</sup> La AGCM, *Linee Guida Sulla Compliance... cit.*, punto 14, entiende especialmente relevante prever incentivos para el responsable del control del programa, con ánimo de que encuentre motivación a la hora de garantizar el pleno funcionamiento y la eficacia del programa.

Si la empresa cuenta con un programa de cumplimiento adecuado, que haya mostrado ser una herramienta eficaz para la rápida detección e interrupción de la infracción antes de la apertura de la instrucción del procedimiento, el importe de la multa podrá verse reducido hasta el 15 %. No obstante, en aquellos casos en los que la empresa pueda acogerse a un programa de clemencia, esta reducción solo podrá concederse si ha presentado una solicitud de clemencia<sup>45</sup>.

Si la empresa cuenta con un programa manifiestamente inadecuado, la AGCM prevé una posible reducción del importe de la multa de hasta el 5%, siempre y cuando introduzca cambios sustanciales en el programa después de la apertura de la instrucción del procedimiento (dentro del plazo de seis meses a contar desde la notificación de la apertura de la instrucción).

Si la empresa cuenta con un programa que no resulte manifiestamente inadecuado, la AGCM prevé una posible reducción de hasta el 10% del importe, siempre y cuando modifique de manera adecuada el programa después de la apertura de la instrucción del procedimiento (dentro del plazo de seis meses a contar desde la notificación de la apertura de la instrucción).

Tratamiento de los programas *ex novo*<sup>46</sup>:

**39.** Salvo en casos excepcionales, la implementación de un programa de cumplimiento *ex novo* –aprobado después de la apertura de la instrucción del procedimiento– no podrá dar lugar a una reducción de la multa superior al 5%.

#### IV. Programas de *compliance* en relación con la defensa de la competencia en España

##### 1. Los programas de *compliance* en relación con la defensa de la competencia antes de la Guía de la CNMC

**40.** Antes de la publicación de la *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*, de 10 de junio de 2020, la CNMC ya valoraba positivamente, tanto la existencia de programas de cumplimiento *ex ante*, como la implementación de programas de cumplimiento *ex post*<sup>47</sup>. No obstante, la CNMC, siguiendo el criterio del TJUE en su Sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión), entiende que la mera existencia de un programa no puede considerarse, sin más, como una circunstancia atenuante a efectos de determinación de la sanción<sup>48</sup>.

**41.** Entre las Resoluciones de la CNMC, es difícil encontrar ejemplos en los que el programa reúna las condiciones oportunas para ser tenidos en cuenta como una circunstancia atenuante al amparo del art. 64 de la LDC.

<sup>45</sup> Este vínculo con la participación en un programa de clemencia ha sido comentado ampliamente por F. C. GUIDO GHEZZI, “The Italian guidelines on antitrust compliance and the difficult goal of matching deterrence, education, and business ethics”, *Bocconi Legal Studies Research Paper*, No. 3381638, May 2019, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3381638>, pp. 17-21.

<sup>46</sup> AGCM, *Linee Guida Sulla Compliance... cit.*, punto 27.

<sup>47</sup> Aunque ya nos hemos referido a estos conceptos, en atención a la valoración que de estos programas de cumplimiento hacen otras autoridades de competencia, conviene aclarar que, tal y como expresa la CNMC en su *Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia*, de 10 de junio de 2020, pp. 6, 13 y 14, un programa de cumplimiento *ex ante* es aquél con el que cuenta la empresa “con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador por la CNMC”, mientras que un programa de cumplimiento *ex post* es aquel que la empresa implementa o modifica para su mejora una vez que la empresa ya ha sido investigada.

<sup>48</sup> La STJUE 18 de julio de 2013, C-501/11, *Schindler Holding y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2013:522, respecto la eficacia del “programa de adecuación” establecido por el *Grupo Schindler*, llega a afirmar que no solo “no surtió efecto positivo sino que, por el contrario, dificultó el descubrimiento de las infracciones”.

**42. En relación a los programas de cumplimiento *ex ante***, la propia Guía reconoce que, hasta el momento, los programas analizados “no reunían los elementos suficientes para atenuar la responsabilidad de las empresas imputadas”<sup>49</sup>.

Así, por ejemplo, la Resolución de la CNMC de 23 de julio, en el expediente S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*, considera ineficaz el programa de cumplimiento analizado, puesto que no articula y aplica, efectivamente, “controles internos y severas sanciones disciplinarias por incumplimiento”. En muy parecidos términos, la Resolución de 8 de junio de 2017, en el expediente S/DC/0557/15, *Nokia*, afirma que, cuando los hechos acreditados no permiten concluir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento eficaz, “no cabe deducir el genuino compromiso de la empresa de que se trate con la observancia de la normativa de competencia, a los efectos de valorarlo como atenuante”. Los mismos argumentos adopta la Resolución de 26 de julio de 2018, en el expediente S/DC/0565/15, *Licitaciones informáticas*, para valorar las acciones de *compliance* alegadas por EVERIS.

**43. Asimismo, la CNMC siempre ha hecho una valoración positiva de los programas de cumplimiento *ex post*** y, en determinados casos, llegó a considerarlos como un elemento moderador de la sanción.

Por ejemplo, en la Resolución de la CNMC de 17 de septiembre de 2015, en el expediente SNC/0036/15, *Mediaset*, se acogen favorablemente las medidas reparadoras adoptadas por MEDIASET, entre ellas, la implementación de un programa de cumplimiento que, si bien no acepta como circunstancia atenuante, sí entiende que puede ser tenido en cuenta como elemento moderador de la sanción.

A esta función de elemento moderador, hace referencia también la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016, en el expediente S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*. AGS, una de las empresas partícipes del cártel, solicita que su programa de cumplimiento *ex post* sea valorado como una circunstancia atenuante, fundamentando su pretensión en la aplicación analógica de la previsión del art. 31 quater del Código Penal, en la que se contempla que la existencia de un programa de *compliance*, implantado antes del comienzo del juicio oral, puede ser considerado como una circunstancia atenuante de responsabilidad de la persona jurídica. La CNMC entiende que no ha lugar a una aplicación analógica de las garantías del Derecho penal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, aunque reconoce, en abstracto, la posibilidad de que un programa de cumplimiento *ex post* pueda ser tenido en cuenta para modular la sanción. Además, aunque considera positivas este tipo de actuaciones, entiende que del contenido del programa de *compliance* presentado no puede inferirse una aplicación eficaz. En este mismo sentido, la CNMC, en su Resolución de 1 de octubre de 2019, en el expediente S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*, se pronuncia acerca de los programas de cumplimiento normativo *ex post* presentados por PREMONOR y TMS.

**44. En otro orden de cosas, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en su art. 71. b), prohíbe contratar con el sector público a todas las empresas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de “falseamiento de la competencia”. No obstante, el art. 72.5 LCSP, prevé la posibilidad de eludir dicha prohibición, a aquellas empresas que acrediten el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones y adopten medidas de *compliance* apropiadas<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Encontramos alguna resolución aislada, como la Resolución de la CNMC, de 29 de octubre de 2019, en el expediente S/0629/18, *Asistencia Técnica Vaillant*, en la que, sin mucha más explicación en relación al programa de *compliance*, se aprecia “la existencia de atenuantes que fundamentalmente se centran en la existencia de una colaboración con la autoridad y la implantación de un programa de comunicación dentro del programa de *compliance* de las empresas”.

<sup>50</sup> En concreto, el art. 72.5 LCSP dispone que “la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que se derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia”.

## 2. Guía de la CNMC de programas de *compliance* en relación con la defensa de la competencia

### A) Introducción

45. La publicación de la *Guía de la CNMC de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*, de 10 de junio de 2020, supone un importante impulso de las políticas de *compliance* en este campo<sup>51</sup>.

46. La Guía concreta pormenorizadamente los requisitos que ha de reunir un programa de cumplimiento normativo para ser considerado eficaz, tanto para prevenir la participación en infracciones de la competencia, como para detectar y reaccionar de forma temprana, cuando no se hayan podido evitar.

47. Además, la CNMC define las consecuencias que derivan de la implantación de un programa efectivo, ya sea *ex ante* o *ex post*, en los expedientes abiertos por la CNMC, reconociendo la posibilidad de que sean considerados elemento moderador de la sanción o, incluso, exonerador del pago de la multa.

### B) Programas de cumplimiento eficaz según el criterio de la CNMC

48. La CNMC, en su *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*, señala que para considerar un programa de cumplimiento como eficaz ha de cumplir con una serie de requisitos<sup>52</sup>:

- 1º) Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa:  
Un programa de cumplimiento requiere la implicación de los principales directivos, ya que su conducta es reflejo de las políticas de la empresa y de su cultura de trabajo.  
La CNMC considera, incluso, que la participación directa de alguno de los directivos en una infracción muy grave de la LDC podría determinar, en función de las concretas circunstancias del caso, el carácter ineficaz del programa de cumplimiento normativo, si se concluye que la participación en la infracción supone la exclusión del compromiso verdadero con el respeto a las normas de defensa de la competencia.
- 2º) Formación eficaz:  
Tal y como afirma la CNMC, “otro de los pilares básicos de cualquier programa de cumplimiento es la formación de los trabajadores de la compañía, adaptada en cada caso a su ámbito y funciones”.  
Además de programar una formación regular, la empresa debe prever “sesiones de formación *ad hoc*” cuando se produzcan cambios que puedan implicar un riesgo, tales como una modificación accionarial o de control, un nuevo proveedor, un nuevo mercado, etc.  
Una formación adecuada es esencial para que el resto de los elementos del programa de cumplimiento puedan alcanzar eficacia (por ejemplo, el canal de denuncias no serviría para su cometido, los riesgos no podrían identificarse adecuadamente, etc.).
- 3º) Existencia de un canal de denuncias:  
Los canales de denuncia interna son un instrumento esencial para la implementación eficaz y la gestión de los programas de cumplimiento. Estos permiten detectar con rapidez las conductas infractoras y, por ende, disuadir de su comisión a trabajadores y directivos. Obvia-

<sup>51</sup> En este sentido, J. SUDEROW, “Compliance y Libre Competencia. Guía de la CNMC y mejores prácticas nacionales e internacionales”, *Aranzadi digital*, nº 1, 2020: “La Guía supone un gran avance, ya que la CNMC determina de forma anticipada los criterios que empleará a la hora de evaluar un programa de cumplimiento, ya sea para modular una posible sanción o para imponer o levantar una prohibición de contratar”.

<sup>52</sup> Con más detalle, en CNMC, *Guía sobre los programas... cit.*, pp. 8-13. En relación a los elementos a valorar para determinar la concurrencia de un determinado requisito, véase su Anexo, pp. 17-21.

- mente, deben siempre garantizar el anonimato del denunciante con el fin de evitar posibles represalias.
- El impulso definitivo para estos canales de denuncias viene dado por la Directiva de protección de informantes (Directiva *Whistleblowing*<sup>53</sup>), de 23 de octubre de 2019, que impone la obligación de instaurar un canal de denuncias en empresas de más de 50 trabajadores, siendo fundamental que abarque las infracciones de las normas de defensa de la competencia. En este sentido, el art. 2 de la Directiva, sobre su ámbito material, hace alusión expresa a las “infracciones relativas al mercado interior, tal como se contemplan en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados”.
- 4º) Independencia y autonomía del responsable del diseño y control de las políticas de cumplimiento:
- Es necesario también que exista un responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento independiente y autónomo (el responsable de cumplimiento), que reporte directamente al órgano de administración y cuente con los recursos necesarios en función del tamaño y características de la empresa.
- 5º) Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control:
- Un programa de cumplimiento eficaz debería poder evaluar -identificar, analizar y valorar- los riesgos a los que la empresa se encuentra expuesta. Un mapa de riesgos debe de identificar: las áreas de negocio, procesos de negocio y personas más expuestas; la probabilidad de que la infracción llegue a materializarse; y el impacto de la infracción sobre la empresa y su personal (sanciones, reputación, prohibiciones de contratar con la administración pública, indemnizaciones, costes legales, etc.). Contando con un buen mapa de riesgos es posible diseñar protocolos y mecanismos de detección temprana de esos riesgos, minimizando su materialización.
- 6º) Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones:
- El programa de cumplimiento debe de incluir procedimientos internos para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones, esto es, mecanismos que permitan solicitar asesoramiento en relación con una práctica y advertir sobre la existencia de sospechas o constatación de infracciones.
- 7º) Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz:
- El programa ha de contemplar medidas disciplinarias para el incumplidor, tales como la reducción de ingresos, su merma de posibilidades de promoción o, incluso, su despido. Asimismo, podría incluir un sistema de incentivos para el cumplidor o aquel que colabore en el marco del programa.
- La CNMC valora de forma positiva la inclusión en los contratos de alta dirección de cláusulas de rescisión por la constatación de la comisión de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

### **C) Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC**

49. La CNMC entiende que la implantación de un programa de cumplimiento eficaz, *ex ante* o *ex post*, puede justificar una atenuación de la responsabilidad y, por ende, considerarse como un elemento moderador de la sanción. La autoridad de competencia muestra preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante* frente a las medidas de *compliance* adoptadas después de la incoación del procedimiento sancionador, sin por ello dejar de valorarlas de forma positiva.

<sup>53</sup> La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

50. Partiendo de esta diferencia entre programas de cumplimiento *ex ante* y *ex post*, la CNMC se compromete a lo siguiente<sup>54</sup>:

**a) En relación con los programas de cumplimiento *ex ante***

51. En aquellos casos en los que la empresa cuenta con un programa de cumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, la CNMC diferencia dos situaciones: supuestos de infracción muy grave constitutiva de cártel y supuestos de infracción grave o muy grave no constitutiva de cártel.

52. **En caso de infracción muy grave constitutiva de cártel**, la CNMC distingue entre si la empresa se ha acogido o no a un programa de clemencia.

Si la empresa se ha acogido a un programa de clemencia, además de los beneficios derivados de los arts. 65 y 66 de la LDC (sobre exención y reducción del pago de multas, respectivamente), la existencia del programa de cumplimiento podrá tenerse en cuenta como circunstancia atenuante.

No obstante, en el caso de no participar en un programa de clemencia, la existencia de un programa de cumplimiento, unida a su colaboración activa y eficaz con la CNMC y al reconocimiento de los hechos, podrá derivar, asimismo, en una atenuación de la responsabilidad y en la consiguiente reducción de la sanción.

53. En los supuestos de **infracción grave o muy grave, pero no constitutiva de cártel**, la CNMC distingue entre si la empresa ha colaborado o no en la detección e investigación de la infracción.

Si la empresa, gracias a un programa de cumplimiento eficaz, ha colaborado en la detección e investigación de la infracción, verá reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad, con la consiguiente reducción de la multa, pudiendo incluso considerarse la exoneración del pago.

En los supuestos de infracción grave o muy grave, no constitutiva de cártel, la empresa que no ha colaborado con la detección e investigación, también podrá ver atenuada su responsabilidad en la infracción, siempre que muestre su compromiso con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. La CNMC entiende que existe tal compromiso cuando se reconozcan los hechos detectados, se ponga fin a la conducta infractora y se adopten decisiones, de forma rápida y voluntaria, que remedien los perjuicios de la misma para la competencia.

**b) En relación con los programas de cumplimiento *ex post***

54. Pese a mostrar la CNMC una preferencia por los programas *ex ante*, los programas de cumplimiento elaborados *ex post* también podrán valorarse para la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa.

55. La CNMC permite a la empresa infractora, una vez detectada la infracción e iniciado el procedimiento administrativo sancionador, presentar un proyecto de diseño de programa de cumplimiento a la Dirección de Competencia lo antes posible, en todo caso, antes de la notificación de la propuesta de resolución. Nuestra autoridad de competencia valorará si el programa, acompañado del reconocimiento de los hechos y de la colaboración activa y eficaz de la empresa, puede traducirse en una atenuación de la responsabilidad y, en consecuencia, considerarse para determinar una posible modulación de la sanción.

---

<sup>54</sup> Con más detalle, CNMC, *Guía sobre los programas... cit.*, pp. 13-16. Si bien es cierto que la Guía hace también una somera –y algo imprecisa– referencia a la valoración de los programas *ex ante* y *ex post* para determinar la aplicación de las medidas correctoras previstas en el art. 72.5 LCSP, para guardar el paralelismo con el análisis de las Guías extranjeras analizadas, nos centraremos únicamente en el estudio de los efectos que un programa de *compliance* eficaz puede llegar a tener sobre la determinación de la sanción.

### 3. La aplicación de las previsiones de la Guía de la CNMC: Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, en el expediente S/DC/0627/18, *Consultoras*

56. La Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, en el expediente S/DC/0627/18, *Consultoras*, multa con un total de 6,3 millones de Euros a 22 empresas de servicios de consultoría y a varios de sus directivos por incurrir en una infracción constitutiva de cártel. Las empresas distribuidas en dos redes de colaboración (norte y nacional) formaron dos cárteles diferenciados para manipular las licitaciones públicas durante al menos 10 años (2008-2018). Este tipo de conductas son consideradas por la CNMC como especialmente dañinas, al tener un impacto adicional en los fondos públicos.

57. En el marco de este expediente sancionatorio, son tres las empresas -INDRA, DELOITTE y KPMG- que alegan haber implementado programas de cumplimiento, *ex ante* o *ex post*, y consideran que cumplen los requisitos para la aplicación de los incentivos recogidos en la Guía de la CNMC.

58. INDRA puso de manifiesto la adopción de medidas de *compliance* tanto anteriores como posteriores a la incoación del expediente.

#### Medidas *ex ante*:

INDRA disponía, desde el año 2001, de un Código de Cumplimiento Ético y Legal que, desde 2015, incluye un apartado específico dedicado a la “protección de la competencia”. En ese mismo año, se puso en marcha un programa de formación en materia de competencia, adaptado a su negocio y actividad, dirigido a erradicar y prevenir infracciones.

#### Medidas *ex post*:

Con posterioridad a la incoación del expediente, INDRA, en octubre de 2019, adoptó un Manual de prevención de riesgos en Derecho de la Competencia, que responde adecuadamente a los requisitos que la Guía de la CNMC exige para que las acciones de *compliance* puedan ser consideradas eficaces: implicación de la alta dirección de la empresa con el cumplimiento del programa, identificación de los riesgos, protocolo de actuación de la Unidad de Cumplimiento, un canal de denuncias, obligatoriedad de los cursos de formación, etc.

59. En relación con el expediente analizado, INDRA puso en marcha una investigación interna en la empresa, detectando la existencia de la conducta imputada por la CNMC, así como la documentación que la acreditaba –que se aportó como prueba al expediente-, y la participación de dos directivos, que fueron objeto de un despido disciplinario.

60. INDRA, como consecuencia del reconocimiento de su participación en la infracción y su colaboración activa con la autoridad de competencia, solicita que se reduzca su multa en un porcentaje de, al menos, el 30%. La CNMC valora positivamente las medidas de cumplimiento, adoptadas *ex ante* y *ex post*, considerando que cumplen las exigencias para poder ser consideradas como circunstancia atenuante, concediendo una reducción del 10 % de la multa<sup>55</sup> (art. 64.3 de la LDC, en relación con la Guía de la CNMC).\_

61. Por su parte, KPMG y DELOITTE contaban, antes de la incoación del expediente, con un Código de conducta, que abarcaba el cumplimiento de las normas de competencia, pero carecía de pro-

---

<sup>55</sup> Del tenor literal de la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, en el expediente S/DC/0627/18, *Consultoras*, se deduce que se han valorado principalmente las medidas adoptadas *ex post*, cuando afirma “conceder una reducción del 10% de la multa a INDRA BUSINESS CONSULTING al apreciar la adecuación de las medidas reactivas incluidas en su programa de cumplimiento en aras de su eficacia, como son acciones formativas especializadas, medidas disciplinarias, colaboración activa y eficaz durante el procedimiento y el reconocimiento de los hechos”.

cedimientos de control. Estas empresas también adoptaron medidas *ex post*, presentando proyectos de mejora.

62. No obstante, los “esfuerzos” de sendas consultoras no resultan, a los ojos de la CNMC, merecedores de ser considerados una circunstancia atenuante. En primer lugar, porque los programas de cumplimiento no son específicos para las normas de defensa de competencia; además, las empresas no cuentan con programas *ex ante* adecuados y, de las medidas *ex post*, no puede deducirse la adopción de políticas de cumplimiento verdaderamente efectivas; y tampoco se adoptan medidas reactivas firmes, dirigidas a evitar la repetición de este tipo de comportamientos.

## V. Consideraciones finales

63. Todas las Guías analizadas están de acuerdo en los requisitos que ha de cumplir un programa de cumplimiento en materia de competencia para ser considerado eficaz: implicación de los órganos de dirección, identificación de los riesgos, formación, canales de denuncia, etc. Sin embargo, existe disenso sobre si dichos programas deben de cumplir, única y exclusivamente, una función preventiva o si también han de tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la sanción, en caso de infracción.

64. La Comisión Europea anima a las empresas a elaborar estrategias de cumplimiento normativo, destacando su función preventiva, no teniéndolas en cuenta a la hora de determinar la sanción. No obstante, subraya que, de forma indirecta, la empresa podría ver atenuada su responsabilidad participando en un programa de clemencia o en un procedimiento de transacción.

65. En esta línea, la autoridad de competencia francesa se muestra partidaria de la implementación de programas de cumplimiento en materia de competencia que ayuden a crear una cultura de respeto al Derecho vigente en la materia. Para la ADC, estos programas juegan un importante papel preventivo, disminuyendo la exposición al riesgo de las empresas, pero también “curativo”, permitiendo la rápida detección de prácticas anticompetitivas. Optando, en línea con la posición de la Comisión Europea, por no reconocer ninguna reducción de la multa en caso de infracción.

66. Es cierto que el principal objetivo de un programa de cumplimiento no debe de ser en ningún caso el de ser valorado como un elemento moderador de la responsabilidad cuando se produzca la infracción, sino el de crear en el marco de la empresa una cultura de cumplimiento en materia de competencia, que evite que se produzcan tales conductas anticompetitivas (función preventiva). También es cierto que, de producirse la infracción, el programa facilita su rápida detección<sup>56</sup> y, por ende, la participación en los programas de clemencia y de transacción o cooperación, con las ventajas que ello supone. No obstante, desde nuestro punto de vista, la falta de un aliciente claro y directo, como puede ser la atenuación del importe de la sanción, no incentiva la adopción de medidas de *compliance* y, en consecuencia, no contribuye a la concienciación sobre la importancia de cumplir las normas de defensa de competencia. Parece conveniente, que las empresas que han dedicado recursos y esfuerzo a generar una cultura de cumplimiento, a través de medidas de *compliance*, consigan un cierto reconocimiento.

67. Conforme a esta idea, otros países, entre los que se encuentra España, abogan por considerar la existencia de un programa de *compliance* no solo como un elemento preventivo de conductas anti-

---

<sup>56</sup> Aunque lo más evidente es deducir que contar con un programa de cumplimiento adecuado permite detectar comportamientos anticompetitivos dentro de la propia empresa, señala J. M. SIPOS GÁLVEZ, “La implementación de los programas de cumplimiento de la normativa de competencia y su impacto en el régimen sancionador”, en E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Actualidad Civil Mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 348, que tampoco cabe descartar que a través de la implantación de estos programas “puedan detectarse conductas anticompetitivas de terceros de las que pueda ser víctima, con la consiguiente posibilidad de denunciarlo a la autoridad o iniciar acciones en los tribunales”.

competitivas, sino también como un posible elemento moderador de la responsabilidad, justificando la atenuación de la multa o, incluso, la exoneración del pago.

68. En este sentido, la autoridad de competencia inglesa, reconoce una posible reducción de la multa del 10%, valorando de forma muy positiva los programas *ex post*. Incluso, excepcionalmente, se prevé la posibilidad de considerar la concurrencia de una agravante, cuando se haga una mala utilización del programa de *compliance*, empleándolo para facilitar la infracción u ocultarla.

69. La autoridad de competencia italiana muestra su preferencia por los programas *ex ante*, contemplando atenuantes para aquellas empresas que cuenten con un programa de cumplimiento, no necesariamente eficaz (el importe de la multa podrá reducirse hasta un 15%, en caso de programas adecuados; hasta un 10%, en caso de programas no manifiestamente inadecuados; y hasta un 5%, en caso de programas manifiestamente inadecuados). La AGCM italiana también prevé atenuantes (reducciones de hasta un 5% del importe de la multa) para aquellas empresas que implementen programas de cumplimiento *ex novo*.

70. En España, la CNMC, en línea con la Guía italiana, muestra una preferencia por los programas *ex ante*, previendo reducciones e incluso exoneraciones del pago de la multa, aunque también valora la adopción de medidas de *compliance ex post* como posible elemento moderador de la sanción.

71. Tanto en España, como en Reino Unido e Italia, se contemplan beneficios para aquellas empresas que implementen programas de cumplimiento en el seno de su empresa, bien sea con anterioridad o con posterioridad a la incoación del expediente sancionador<sup>57</sup>. Estamos de acuerdo con la conveniencia de premiar ambos esfuerzos<sup>58</sup>, no obstante, la opción de las autoridades de competencia española e italiana, mostrando una preferencia por los programas *ex ante*, parece la más acertada. Opinamos que, una preferencia por los programas *ex post* podría derivar en una falta de incentivo para implementar medidas de *compliance* antes de producirse una infracción, viéndose frustrada su función preventiva<sup>59</sup>.

72. De los países analizados, es nuestra autoridad de competencia la que prevé mayores ventajas, llegando a considerar la exoneración del pago de la multa. Para el caso de infracciones muy graves o graves no constitutivas de cártel, afirma la CNMC que “la puesta en conocimiento de la autoridad de una infracción que haya podido ser descubierta gracias al programa de cumplimiento, se haya iniciado o no

---

<sup>57</sup> En este sentido, Y. MARTÍNEZ MATA, “Los programas de «compliance» en derecho de la competencia”, *cit.*, afirma que lo relevante no es, a su parecer, “que el programa se implemente antes o después del inicio de un expediente sancionador, siempre que en el primer caso pueda probarse su efectividad generalizada (sin perjuicio de la desviación puntual materializada en la propia infracción) y en el segundo caso pueda evaluarse el rigor y compromiso con el nuevo programa en el marco de eventuales expedientes de vigilancia”.

<sup>58</sup> Hay voces contrarias al reconocimiento cualquier tipo de beneficio, en este sentido C. COHÍ ANCHÍA, “Los Programas de Cumplimiento en relación con la Normativa de Defensa de la Competencia: en beneficio de todos”, *Anuario de la competencia*, n.º 1, 2015, p. 391, antes de la aprobación de la Guía, afirmaba que “el mero hecho de que una empresa adopte un Programa de Cumplimiento no puede premiarse, generaría un efecto perverso, al adoptar un Programa con el objetivo de minorar la multa o sanción, y por tanto haciendo el coste de la infracción mucho menor, por ente, incentivando en cierto modo dichas conductas”, y aclaraba, que “por otro lado, si lo que se compensara fuera un Programa de Cumplimiento «efectivo», habría que definir y validar lo que se considera efectivo, lo cual requiere de recursos, y de la adopción de criterios concretos. Sin embargo, el hecho de que un Programa de Cumplimiento falle (lo que daría razón de ser a la imposición de sanciones y a plantearse su reducción en este caso) parece entrar en contradicción con el hecho de que se considere efectivo. En otras palabras: si falla, no está siendo efectivo, no merecía ser considerado como efectivo. ¿Por qué premiar un programa de cumplimiento que ha fallado, luego no era efectivo?”.

<sup>59</sup> Algo crítico con esta postura, se muestra B. MARTÍNEZ CORRAL, “Las medidas de *self-cleaning* y los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia en España”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n.º 89, 2020, p. 241, cuando entiende que “en un expediente sancionador la existencia de un programa *ex ante* demostraría la ineficacia de dicho programa, mientras que el programa *ex post* puede suponer un cambio de rumbo de la empresa cuyo compromiso puede ser relevante a futuro”. Conviene aclarar que el autor, a pesar de la apreciación, no se muestra contrario a valorar los programas *ex ante* como elemento moderador de la responsabilidad. En esta misma línea, se pronuncia en el capítulo “Los «Compliance programs» en materia de derecho de defensa de la competencia”, en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.) *Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia: Anuario de derecho de la competencia*, 2016, p. 110.

un procedimiento sancionador, junto con su colaboración activa y eficaz, constituye una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerado a los efectos de atenuar su responsabilidad, tal y como establece la LDC, llegando incluso a quedar exonerado del pago de la multa”<sup>60</sup>. Nuestra autoridad de competencia busca, de este modo, un paralelismo con el tratamiento de las infracciones muy graves constitutivas de cártel. Para estas situaciones, el art. 65 LDC dispone que podrán acogerse al programa de exención del pago de la multa aquellas empresas que sean las primeras que, a juicio de la CNMC, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección o le permitan detectar la existencia de un cártel. Es la Ley de Defensa de la Competencia la que prevé la exoneración del pago de la multa en el marco de los programas de clemencia, en los que solo pueden participar las empresas partícipes de un cártel; no existiendo ninguna previsión legal semejante para aquellas empresas autoras de una infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel. En este contexto legal, entendemos que la CNMC no está facultada para exonerar del pago de la multa a estas empresas, pudiendo únicamente acordar una reducción<sup>61</sup>.

**73.** En todos los supuestos previstos por la Guía de la CNMC –consecuencias derivadas de programas eficaces *ex ante* o *ex post*–, se prevé la posibilidad de contemplar una atenuación de la multa, que encuentra su base normativa en la lista abierta de atenuantes que describe el art. 64.3 LDC.

En los supuestos de infracción muy grave constitutiva de cártel, en los que la empresa se acoja a un programa de clemencia, facilitando elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNMC, además de beneficiarse de la reducción prevista en el art. 66 LDC, podrá hacerlo de la derivada de la existencia del programa de *compliance*.

En el resto de supuestos<sup>62</sup>, también se prevé una posible modulación de la sanción, siempre y cuando se realicen otro tipo de actuaciones que constituyan una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, tales como la colaboración de forma activa y eficaz durante el procedimiento sancionador, el reconocimiento de los hechos detectados, la terminación inmediata de la conducta o la adopción de decisiones que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria. Todas estas actuaciones ya están contempladas por el artículo 64.3 LDC, por lo que habría resultado conveniente que, con mayor claridad, la CNMC hubiese aclarado si las empresas que cuentan con medidas de *compliance* resultan o no merecedoras de una mayor ventaja<sup>63</sup>.

**74.** La Guía de la CNMC adolece de falta de precisión a la hora de determinar la cuantía de la reducción. Sería más adecuado y favorecedor de la seguridad jurídica, contemplar una referencia al porcentaje en el que puede verse reducida la multa, tal y como hace la autoridad de competencia italiana. En el único expediente sancionador en el que nuestra autoridad de competencia ha tenido oportunidad de aplicar la Guía, se ha reducido el importe de la multa en un 10%, pero, evidentemente, un expediente aislado no constituye un precedente relevante.

<sup>60</sup> CNMC, *Guía sobre los programas... cit.*, p. 14.

<sup>61</sup> Con anterioridad a la Guía, sobre la posibilidad de reconocer una exención de la multa, entiende P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La importancia de los programas de cumplimiento (*compliance programmes*) en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *cit.*, “que equivaldría a afirmar que por haber invertido dinero y medios en diseñar e incorporar en el seno de la empresa un programa de cumplimiento bien estructurado y efectivo la empresa queda exenta de pagar cualquier multa y no podrá ser sancionada, por muy grave que hubiese resultado su conducta, en atención a las restricciones a la libre competencia que se derivan de la misma y los daños y perjuicios causados”, entendiéndose que la atenuante es la “mejor opción para incentivar que las empresas adopten *compliance programmes* en materia de competencia”.

<sup>62</sup> Supuestos descritos en los párrafos 53 a 55 del presente artículo.

<sup>63</sup> C. M. S. ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO, “Los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia y su consideración como atenuante en los expedientes sancionadores”, *Alerta competencia*, junio de 2012, disponible en: <https://cms.law/en/content/download/79277>, entiende, ya antes de la Guía, que la existencia de un programa de *compliance* puede suponer una atenuante del art. 64 LDC, al interpretarse que estamos antes “la realización de actividades que pongan fin a la infracción o tendentes a la reparación del daño causado; la no aplicación efectiva de las conductas e, incluso, la colaboración activa con la Comisión realizada al margen de los programas de exención y reducción a los que nos hemos referido anteriormente”.

75. La CNMC acierta al exigir que los programas de cumplimiento, para que puedan tenerse en cuenta a la hora de mitigar la sanción, cumplan con una serie de requisitos de eficacia. Si el programa no refleja un compromiso serio y eficaz con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, no debería nunca considerarse un elemento moderador de la responsabilidad<sup>64</sup>. La Guía italiana sí prevé una posible reducción de la multa de hasta el 5% para aquellas empresas infractoras que cuenten con programas manifiestamente inadecuados, pero solo si éstas presentan modificaciones sustanciales al mismo después del inicio del procedimiento sancionador. La autoridad de competencia italiana, valora así las medidas *ex post*, de mejora del programa ya existente, y lo hace ofreciendo una reducción idéntica, que la que prevé para aquellas empresas que no cuentan con ningún tipo de medida de *compliance* y las implementan con posterioridad a la apertura del procedimiento sancionador.

76. Resulta criticable la opción de la autoridad de competencia inglesa al considerar que las medidas de *compliance* puedan acabar siendo consideradas como una circunstancia agravante<sup>65</sup> -nuestra Guía no contiene ningún pronunciamiento parecido-. Aunque CMA reserva la aplicación de la circunstancia agravante a situaciones muy excepcionales, entendemos que una decisión en este sentido provocaría un desincentivo a la implementación de programas de *compliance*. La Comisión Europea tampoco se muestra partidaria, entendiendo que los esfuerzos en materia de cumplimiento normativo solo pueden suponer un beneficio para la empresa que los adopta<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Y. MARTÍNEZ MATA, “Los programas de «compliance» en derecho de la competencia”, *cit.*: “Lo que es evidente, sin embargo es que un programa de *compliance* que simplemente persiga cubrir el expediente y/o maquillar prácticas dudosas, ni genera esa cultura corporativa de cumplimiento, ni puede ser objeto de ningún tipo de valoración positiva por parte de las autoridades de la competencia”.

<sup>65</sup> En esta línea, Y. MARTÍNEZ MATA, “Los programas de «compliance» en derecho de la competencia”, *cit.*, afirma que “una eventual desviación no debería merecer un acicate *ex post*, puesto que solo sería muestra de la falta de efectividad del programa de *compliance*”.

<sup>66</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La importancia de cumplir... cit.*, punto 4.6.: “Huelga decir que la existencia de un programa de cumplimiento no se considerará circunstancia agravante si las autoridades de control concluyen que hay una infracción. Si el programa no ha dado resultados, la sanción consistirá en la multa impuesta. Dicho de otro modo: un programa de cumplimiento creíble en materia de competencia no puede sino beneficiar a una compañía”.

# DILIGENCIAS DE ACCESO A FUENTES DE PRUEBA Y RESPONSABILIDAD FRENTE A CONSUMIDORES Y USUARIOS. UNA PERSPECTIVA COMPARADA: EE. UU., ALEMANIA Y ESPAÑA

## DISCOVERY AND LIABILITY TOWARDS CONSUMERS. A COMPARATIVE PERSPECTIVE: USA, GERMANY AND SPAIN

GUILLERMO A. MORALES SANCHO

*Profesor Ayudante, Doctor Derecho Constitucional  
Universidad de Navarra*

*Profesor Visitante  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster*

Recibido: 19.05.2021 / Aceptado: 28.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6265>

**Resumen:** El presente trabajo explica en perspectiva comparada (España, EE. UU. y Alemania) la figura de las diligencias de acceso a fuentes de prueba y su aplicación a reclamaciones de responsabilidad entabladas por consumidores y usuarios en vista de la futura transposición al ordenamiento español de la Directiva 2020/1828/EU de 25 de noviembre 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.

**Palabras clave:** diligencias de acceso a fuentes de prueba, discovery, litigación transfronteriza, acciones colectivas.

**Abstract:** How pre-trial discovery works in the Spanish, US and German legal systems and its comparative application in consumers' Law is the subject matter of this research. In light of this compared analysis, proposals are made for the upcoming transposition in the Spanish legal system of Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC.

**Keywords:** discovery, disclosure of evidence, access to documents, cross-border litigation, collective redress, class actions.

**Sumario:** I. Introducción; II. El origen de la Directiva 2020/1828; III. La efectividad del *discovery* estadounidense a la luz de la jurisprudencia sobre productos defectuosos: 1. Anticonceptivos hormonales de tercera generación (Drospirenona/ethynilstradiol), 2. Otros supuestos; IV. *US Civil Litigation and Discovery*: 1. *Discovery Plan*, 2. Tipos de fuentes de prueba (*Discovery methods*), 3. Bases de datos electrónicas (*Public Access to Court Electronic Records*), 4. Litigación multidistrito para agilizar el *discovery* (*Multidistrict Litigation Statute*, 28 U.S.C.A. § 1407); V. Utilidad de la experiencia de litigación civil americana para el ordenamiento español: 1. De lege lata: uso en un proceso español de pruebas obtenidas en un *discovery* americano, 2. De lege ferenda; VI. Conclusiones.

---

\* Agradezco a d. Íker Pérez Sierra su colaboración como miembro del equipo de investigación de plataformas de afectados de Clínica Jurídica UNAV.

## I. Introducción

1. Las diligencias de acceso a fuentes de prueba (en adelante, DAFP) son un poderoso instrumento procesal que acaba de iniciar su andadura en el ordenamiento europeo (Directiva 2014/104)<sup>1</sup>, alemán<sup>2</sup> y español<sup>3</sup> (art. 286 bis a)-k) LEC añadidos por el RDL 9/2017). Se trata de una figura afín al *pre-trial discovery of documents*<sup>4</sup> de gran arraigo en la tradición anglosajona<sup>5</sup>. Se distinguen, en cambio, de las diligencias preliminares en su amplitud (abarca un amplio catálogo *numerus apertus*), su ámbito de aplicación, el momento procesal de solicitud, los legitimados (futuro demandante, demandante y el demandado), la tramitación procesal, el régimen de recursos y sus garantías (caución facultativa, sanciones específicas en caso de desatender las peticiones)<sup>6</sup>. Las DAFP tampoco cabe reducir las a la exhibición de documentos de los arts. 328-334 LEC, por lo limitado de su objeto y los requisitos exigidos al solicitante<sup>7</sup>. La reciente jurisprudencia española surgida con ocasión del cártel de camiones ha sido la encargada de perfilar los contornos de esta figura<sup>8</sup> y la que ha empezado a familiarizar a nuestra cultura jurídica con este prometedor instrumento.

<sup>1</sup> J. MALINAUSKAITE, Y C. CAUFFMAN, «The Transposition of the Antitrust Damages Directive in the Small Member States of the EU—A Comparative Perspective», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, 8, 2018, Oxford University Press (OUP); F. MARCOS, «Transposition of the antitrust damages directive into Spanish Law», *Jean Monnet Working Papers IE-Law School*, 2018.

<sup>2</sup> C. HEINZE, «Der kartelldeliktische Schadensersatzanspruch nach der Richtlinie 2014/104/EU – Baustein oder Fremdkörper im europäischen Haftungsrecht?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2020; T. KÖRBER Y H. SCHWEITZER Y D. ZIMMER, «Die Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie», en U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER (eds.) *Wettbewerbsrecht*, 6, C. H. Beck, München, 2020; S. OHLHOFF, «RL 2014/104/EU und Regierungsentwurf für 9. GWB-Novelle», en H.-G. KAMANN, S. OHLHOFF, S. VÖLCKER (eds.) *Kartellverfahren und Kartellprozess*, C. H. Beck, München, 2020.

<sup>3</sup> A. COHEN BENCHETRIT, «Una reforma procesal de calado en materia de reclamaciones derivadas de actos anticoncurrenciales», *Lex Mercatoria*, vol. 6, 2017; P. FERRÁNDIZ AVENDAÑO, «Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo artículo 283 bis LEC)», *La Ley*, vol. 9052, 2017; F. GASCÓN INCHAUSTI, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, 1, 2017; P. GONZÁLEZ GRANDA, «La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica», *Justicia*, 2, 2017; C. HERRERO SUÁREZ, «La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 1, 2016.

<sup>4</sup> F. A. PEÑA GONZÁLEZ, «¿Es una forma de discovery trial la nueva prueba de los artículos 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil?», *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, 9, 2017.

<sup>5</sup> L. V. M. BENTO, *The Globalization of Discovery: The Law and Practice under § 28 U.S.C. 1782*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019; COMMITTEE ON THE JUDICIARY HOUSE OF REPRESENTATIVES, «Federal Rules of Civil Procedure», pp. 37-63, Rules 26-37; J. N. DEMEO, Y OTROS, *California Deposition and Discovery Practice*, 14, LexisNexis, Matthew Bender & Company, Santa Rosa, California, 2020; A. HOLTZOFF, «Instruments of Discovery under Federal Rules of Civil Procedure», *Michigan Law Review*, vol. 41, 2, 1942.

<sup>6</sup> M. J. ACHÓN BRUÑÉN, «Futura modificación de la LEC para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE: medidas de acceso a fuentes de prueba, diferencias procesales con las actuales diligencias preliminares», *Práctica de tribunales*, vol. 125, 2, 2017; R. CASTRILLO SANTAMARÍA, *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 51-65; F. CORDÓN MORENO, «La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, 2017.

<sup>7</sup> «El artículo [328 LEC] exige los siguientes requisitos: (i) que la parte no pueda disponer del documento de ninguna otra manera; (ii) que el documento sea pertinente, ya sea por referirse a lo que es objeto del pleito, ya sea por tener relevancia para determinar el valor probatorio de otros medios de prueba. No es admisible pretender por esta vía la exhibición de documentos útiles para preparar el juicio, petición que tiene encaje en las normas sobre diligencias preliminares —SAP Valencia (7ª) 30.6.2005 (Tol 701102)—; (iii) que el solicitante acompañe una copia simple del documento o, al menos, si no dispone de ella, que indique con la mayor precisión posible cuál es su contenido, requisito este que es esencial para que pueda producirse el efecto previsto en el artículo 329.1 LEC. Es admisible que se haga una indicación general del contenido que se atribuye al documento cuando no sea posible una mayor precisión, pero en modo alguno puede admitirse, a efectos de aplicar el artículo 329.1 LEC, que se solicite la exhibición de un documento del que no se aporta copia ni se facilita versión alguna de su contenido —SAP Madrid (14ª) 4.11.2013 (Tol 4055076); SAP Ourense (1ª) 29.2.2012 (Tol 2484448)—. Es inexcusable que la petición se refiera a documentos concretos y determinados, y no genéricos —SAP Madrid (9ª) 5.12.2013 (Tol 4115664)—.» J. L. FERNÁNDEZ VAQUERO, «Artículo 328 LEC», en F. MARÍN CASTÁN, Mª A. DE ANDRÉS HERRERO (eds.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1518-1519.

<sup>8</sup> M. J. FERNÁNDEZ ALCALÁ, «El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», *Revista de Consumo y Empresa*, vol. 12, 2020.

2. Pues bien, tal como señalan el RDL 9/2017 en el apdo. II de su exposición de motivos<sup>9</sup> y el art. 71.2.a) LDC<sup>10</sup>, su ámbito de aplicación<sup>11</sup> se restringe a aquellas acciones que se fundamenten en la infracción del Derecho de la competencia, en particular, las tipificadas en los arts. 1-2 LDC y 101-102 TFUE; esto es, excluyendo expresamente las prácticas desleales con consumidores del art. 3 de la LDC<sup>12</sup> —desarrolladas en los preceptos 4-5, 7-8, 19-31 de la Ley de competencia desleal— y las infracciones de la normativa de consumidores y usuarios recogidas en el TRLGDCU.

3. Paralelamente, la reciente Directiva 2020/1828 de 25 de noviembre<sup>13</sup> crea un nuevo proceso de demanda colectiva pensado para proteger los intereses colectivos de consumidores y usuarios. Con base en él, las entidades habilitadas podrán entablar acciones en las que se pretenda no sólo la cesación de las conductas infractoras del Derecho de consumo, sino también —y esta es la novedad más relevante<sup>14</sup>— la compensación por los daños sufridos (art. 9).

4. Asimismo, los arts. 18-19 de la mencionada Directiva prevén —aunque de forma menos detallada que los arts. 5-8 de la Directiva 2014/104 aplicable a los ilícitos anticoncurrenciales de los que traen causa las diligencias de acceso a fuentes de prueba (art. 283 bis LEC)— la exhibición de pruebas para las acciones en defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios. España deberá transponer esta Directiva al ordenamiento interno antes del 25 de diciembre de 2022 y, en consecuencia, hacer una reforma de calado en su legislación rituaría.

5. Este trabajo tiene por objeto precisamente explorar esta figura de la “exhibición de pruebas” aplicada a las acciones colectivas de consumidores y usuarios (arts. 18-19 Directiva 2020/1828) y

<sup>9</sup> “Al incorporar este nuevo título VI a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se pretende también extender la nueva normativa a las reclamaciones de los daños causados por las infracciones a los artículos 1 y 2 de dicha ley que no afectan al comercio entre los Estados miembros de la Unión y que, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, no así a los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público dado que cuentan con un régimen específico en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.”

<sup>10</sup> “2. A efectos de este título:

a) Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 ó 2 de la presente ley.” Sobre el conjunto de ilícitos anticoncurrenciales abarcados, cfr. M. KELLERBAUER Y M. KLAMERT Y J. TOMKIN, *Commentary on the EU treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 998-1058.

<sup>11</sup> P. GONZÁLEZ GRANDA, “La regulación del acceso a las fuentes de prueba”, cit., p. 126.

<sup>12</sup> Para ellas se contemplaban las diligencias de comprobación de hechos (art. 36 LCD que a su vez se remitía a los arts. 129-132 de la derogada Ley 11/1986). Sin embargo, las sucesivas reformas del Derecho de la competencia y la inclusión de las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual e industrial y otras leyes especiales (art. 256.1. 7º- 9º LEC) han terminado emborronando dicha referencia normativa. En consecuencia, las diligencias de comprobación de hechos han tenido un alcance muy limitado en materia de consumidores y usuarios. Cfr. A. ARMENGOT VILAPLANA, «Diligencias preliminares, medidas cautelares y especialidades probatorias en materia de competencia desleal», en K. BENEYTO PALLÁS, A. ARMENGOT VILAPLANA (eds.) *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «Artículo 36 LCD. Diligencias preliminares», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, E. GALÁN CORONA, I. QUINTANA CARLO, J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (eds.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

<sup>13</sup> *Directiva (UE) 2020/1828 de 25 de noviembre 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*, 2020.

<sup>14</sup> Considerando 5 de la Directiva: “Para reforzar la disuasión de las prácticas ilícitas y reducir el perjuicio al consumidor en un mercado cada vez más globalizado y digitalizado, es necesario reforzar los mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores, para incluir tanto medidas de cesación *como medidas resarcitorias*.” Cursiva propia. Cfr. S. COROMINAS BACH, «El nuevo modelo alemán de acción declarativa (MFKG): ¿una tutela colectiva efectiva del Dieselgate?», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 49, 2019, pp. 5-6; F. GASCÓN INCHAUSTI, «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, 2, 2020, pp. 1308-1309; A. MONTESINOS GARCÍA, «La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea», *Actualidad Civil*, 9, 2018, pp. 1-3; F. CORDÓN MORENO, «Examen de los instrumentos de tutela previstos en la Directiva, del Parlamento y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 36, 2020; P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Acciones colectivas: pretensiones y legitimación», en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (eds.) *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 44-46.

mostrar el enorme impacto que dicho instrumento puede desplegar en materia de Derecho de consumo siguiendo el ejemplo estadounidense.

## II. El origen de la Directiva 2020/1828

6. La aparición de nuevas fuentes de riesgo para consumidores y usuarios derivadas del desarrollo tecnológico se hace especialmente patente en el ámbito de la medicina satisfactiva, los medicamentos de consumo humano y los productos defectuosos<sup>15</sup>. Son de sobra conocidos los esfuerzos de la Comisión Europea<sup>16</sup> por garantizar la protección de consumidores y usuarios en dichos ámbitos. Desde hace años son motivo de preocupación los daños y perjuicios debidos a incumplimientos tanto del Derecho de la competencia como de la normativa de consumo sufridos por dichos actores del mercado de la UE que han quedado sin compensación<sup>17</sup>.

7. Los escándalos más cercanos en el tiempo (*Dieseltgate* e implantes defectuosos)<sup>18</sup> y su dispar solución jurídica en los distintos ordenamientos de la UE<sup>19</sup>, han puesto de manifiesto la urgente necesidad de arbitrar un proceso colectivo europeo y de dotar de armas procesales más robustas a los damnificados<sup>20</sup>.

8. Es sabido que la asimetría informativa<sup>21</sup> —punto clave cuando se impugnan pliegos de cláusulas contractuales, consentimientos informados y prospectos— entre los destinatarios de los productos y servicios y los profesionales, empresarios y fabricantes, así como el desigual coste de oportunidad procesal<sup>22</sup> hacen necesario un mecanismo similar a las *class actions*, *mass torts* y *multidistrict litigation* norteamericanas que incluya la exhibición de pruebas para tutelar adecuadamente a consumidores y usuarios<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. J. MUÑO INSAUSTI, «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Aranzadi responsabilidad civil: doctrina, jurisprudencia, régimen legal y formularios*, vol. III, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 426-432; M. Á. PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1843-2126.

<sup>16</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2005; *Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2008.

<sup>17</sup> Cfr. Considerandos 1-2 de la Directiva 2020/1828.

<sup>18</sup> S. COROMINAS BACH, «El nuevo modelo alemán de acción declarativa (MFKG): ¿una tutela colectiva efectiva del Dieselgate?», cit., pp. 2-4; A. HALFMEIER, Y P. ROTT, «Verbandsklage mit Zähnen? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher», *Verbraucher und Recht*, 2018, p. 244; M. HEESE, «Sachaufklärung im Dieselskandal — Probleme und Abhilfe», *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 13, 2021, pp. 891-893; A. STADLER, «Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?», *Juristen Zeitung*, vol. 73, 17, 2018, sec. 793-794; UNSELD, C., «Grenzenloser Versicherungsschutz im Produkthaftungsrecht? Der Brustimplantate-Skandal erreicht zum zweiten Mal den EuGH (Rs. C- 581/18)», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2020. STJUE C-219/15 – Elisabeth Schmitt v. TÜV Rheinland LGA Products GmbH.

<sup>19</sup> En España, la reciente SJM Madrid 25 de enero de 2021 (RJ 4/2021).

<sup>20</sup> Considerando 5 de la Directiva 2020/1828.

<sup>21</sup> F. DÍEZ ESTELLA Y M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales», *Aranzadi doctrinal*, 2, 2019, p. 31. En idéntico sentido, la Comisión Europea: “en gran parte [a causa de] diversos obstáculos legales y procesales derivados de las normativas nacionales [...] las indemnizaciones por daños en este campo presentan una serie de características particulares que a menudo las normas procesales tradicionales y de responsabilidad civil abordan de manera insuficiente. Esto da lugar a una gran inseguridad jurídica. Entre las particularidades se incluyen [...] la frecuente inaccesibilidad y ocultación de pruebas cruciales por parte de los demandados y el equilibrio generalmente desfavorable entre el riesgo y la recompensa para los demandantes”, *Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2008, p. 2.

<sup>22</sup> Pues, en multitud de ocasiones, la cuantía del daño individual a recuperar es menor al coste del proceso. Cfr. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, cit., sec. 2.6; *Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, cit., sec. 2.8; C. MELLER-HANNICH, «Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess», *Neue Juristische Wochenschrift - Beilage*, 2018, pp. 31-32.

<sup>23</sup> A. STADLER, «Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz», *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2015, pp. 61-84.

9. Con toda claridad lo señala el Prof. GASCÓN INCHAUSTI: “Un elemento que caracteriza en gran medida los litigios en materia de consumo, incluidos los colectivos, es que una parte importante de las pruebas se halla en poder del empresario demandado o de terceros. El acceso a las fuentes de prueba relevantes es una premisa sin la que las entidades habilitadas no podrán ejercer las facultades que se les reconocen: se arriesgan a tener que asumir los costes de un proceso abocado al fracaso si no existe suficiente apoyo probatorio.”<sup>24</sup>

10. Así, se comprende que la norma europea haya sido recibida, con alguna excepción<sup>25</sup>, muy positivamente<sup>26</sup> y que las limitaciones que establece —la restricción de la legitimación activa a entidades habilitadas suficientemente representativas<sup>27</sup> y la voluntariedad de numerosos de sus artículos— hayan sido tan fuertemente criticadas<sup>28</sup>. Destacados autores achacan este debilitamiento al lobby de la poderosa industria que se vería directamente afectada por las demandas<sup>29</sup>.

### III. La efectividad del *discovery* estadounidense a la luz de la jurisprudencia sobre productos defectuosos

11. Si adoptamos una perspectiva comparada más amplia y contemplamos la disparidad de resoluciones en materia de Derecho de daños entre EE. UU., España y Alemania que se deben a la inexistencia de *discovery* en los países del viejo continente, la necesidad y urgencia de establecer un generoso modelo de exhibición de pruebas se hace aún más clara. Veámoslo con varios ejemplos.

#### 1. Anticonceptivos hormonales de tercera generación (Drospirenona / ethinilstradiol)

12. Desde su autorización en el año 2000 por la Agencia Europea del Medicamento y un año más tarde en EE. UU. por la FDA, los anticonceptivos hormonales con drospirenona son uno de los métodos anticonceptivos más extendidos en ambos mercados<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, cit., p. 1312. En idéntico sentido, A. MONTESINOS GARCÍA, “La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea”, cit., p. 5: «Al respecto, las entidades habilitadas podrán solicitar al órgano jurisdiccional que el comerciante demandado facilite las pruebas pertinentes para su reclamación o necesarias para informar adecuadamente a los consumidores afectados por la acción de representación, tales como la identidad de los consumidores afectados y la duración de la práctica. Este deber de colaboración del demandado puede llegar a resultar sumamente útil en determinados procesos colectivos en los que la obtención de la prueba por parte del demandante puede resultar diabólica, mientras que para el demandante, mostrar ninguna complejidad.».

<sup>25</sup> A. BRUNS, «Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, pp. 2753-2757. La escepticismo mostrado por el Prof. ALFARO REAL en nuestro país, se refiere a las acciones en materia de ilícitos anticoncurreneciales. Aqueja el autor una falta de persecución *pública* de tales infracciones en materia de competencia. Dicha crítica no es trasladable a las acciones de consumidores y usuarios en las que dicha vigilancia por parte de la Comisión no existe. Cfr. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia», *InDret*, 3, 2009, pp. 20-30.

<sup>26</sup> H. PRÜTTING, «Neue Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2020, pp. 202-203; A. STADLER, «Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?», cit., pp. 801-803; M. TAMM, «§ 24 b Die Musterfeststellungsklage», en M. TAMM, K. TONNER, T. BRÖNNEKE (eds.) *Verbraucherrecht. Rechtliches Umfeld | Vertragstypen | Rechtsdurchsetzung*, 3, Nomos, Baden - Baden, 2020, nn. 22-25.

<sup>27</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, cit., pp. 1299-1306.

<sup>28</sup> T. DOMEI, «Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie – Sisyphos vor dem Gipfelsieg?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2019, 469-471; A. MONTESINOS GARCÍA, “La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea”, cit., p. 6.

<sup>29</sup> A. HALFMEIER Y OTROS, “Verbandsklage mit Zähnen? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher”, cit., p. 244; P. RÖTHEMEYER, «Deutsche Rechtspolitik zwischen Lobbyismus und Dieselgate», en P. RÖTHEMEYER (ed.) *Musterfeststellungsklage. Spezialkommentar zum 6. Buch ZPO*, 2, Nomos, Baden - Baden, 2020, nn. 90-102.

<sup>30</sup> K. DANIELS Y J. C. ABMA, «Current Contraceptive Status Among Women Aged 15–49: United States, 2015–2017», *National Center for Health Statistics. Data Brief*, vol. 327, 12, 2018; EUROPEAN PARLIAMENTARY FORUM FOR SEXUAL & REPRODUCTIVE RIGHTS, *European Contraception Policy Atlas 2020*, Brussels, 2020; B. KUEHN, «US Contraceptive Use. News From the Centers for Disease Control and Prevention», *JAMA*, vol. 321, 8, 2019; M. LLAMAS Y E. MILLER Y S. SPENCE, «Yaz Birth Control: Uses, Dosages, Interactions and Warnings», *Drugwatch*, 17.3.2021, <https://www.drugwatch.com/yaz/>, fecha de consulta 8 julio 2021.

En España, los preparados hormonales son el segundo más utilizado<sup>31</sup>.

13. El impacto en la salud de estos productos tiende a ser muy similar en los distintos países. Esto es, los efectos adversos que provocan no dependen de la jurisdicción en la que se produzcan los daños. Por ese motivo, analizar de forma comparada la dispar fortuna procesal de las acciones entabladas para exigir la compensación por daños y perjuicios derivados de productos defectuosos ayuda a mostrar las deficiencias y aciertos de los instrumentos procesales al alcance de los consumidores y usuarios afectados.

14. En consecuencia, se procede a hacer un repaso de los pronunciamientos judiciales habidos en EE. UU., Alemania, Suiza y España con ocasión de los mencionados contraceptivos.

#### **A) In re Yasmin & Yaz (Drospirenone) Marketing, Sales Practices & Products Liability Litigation, 655 F. Supp. 2d 1343 (2009)**

15. En 2009 se inició en EE.UU. una *Mass Torts*<sup>32</sup> que aunaba más de 19.000 demandas<sup>33</sup> de mujeres consumidoras de Yaz, Yasmin, Ocella y marcas asociadas. La corporación farmacéutica demandada fue el grupo Bayer, Schering y Berlex. Tras diez años de proceso en la Corte de Litigación Multi-distrito de Illinois del Sur, el resultado ha sido una astronómica transacción judicial de 2.100 millones de dólares en compensación por los daños sufridos por todas las consumidoras perjudicadas<sup>34</sup>.

16. Pues bien, el informe pericial del Dr. KESSLER<sup>35</sup> (antiguo presidente de la *Food and Drug Administration*), que resultó decisivo para los demandantes, fue posible gracias al extenso y profundo *discovery* —más de dos años de investigaciones, multitud de interrogatorios, revisión de comunicaciones internas, estudio de los flujos financieros de las empresas farmacéuticas...— que la normativa americana permite<sup>36</sup>. De esta forma pudo destaparse: i) el entramado de estudios maquillados que rebajaban la prevalencia de distintos efectos adversos de los anticonceptivos comercializados, ii) la financiación camuflada de dichos estudios poblacionales llevados a cabo por la corporación farmacéutica alemana a través de terceros interpuestos para hacerlos parecer independientes y iii) la promoción del producto para fines distintos a los de la aprobación<sup>37</sup>.

#### **B) LG Waldshut-Tiengen, Urt. v. 20. 12. 2018 – 1 O 73/12**

17. Por lo que se refiere a Alemania —donde también se ha informado de numerosos casos de consumidoras afectadas<sup>38</sup>— en el único supuesto que ha llegado a los tribunales, la demandante —que

<sup>31</sup> SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONTRACEPCIÓN, «Utilización y edad», en *Encuesta Nacional 2018 sobre la Anticoncepción en España*, SEC, Madrid, 2019.

<sup>32</sup> «In re Yasmin & Yaz (Drospirenone) Marketing, Sales Practices & Products Liability Litigation, 655 F. Supp. 2d 1343 (2009) | Caselaw Access Project», fecha de consulta 8 julio 2021, en <https://cite.case.law/f-supp-2d/655/1343/>. Caso muy similar es el del anillo hormonal anticonceptivo NuvaRing de la compañía Merck. Cfr. *In re Nuvaring Products Liability Litigation*, 572 F. Supp. 2d 1382 (2008).

<sup>33</sup> El número notificado de mujeres fallecidas a causa del consumo de dicho preparado hormonal asciende a 853 en EEUU y 19 en Alemania. Cfr. [www.risiko-pille.de](http://www.risiko-pille.de)

<sup>34</sup> M. LLAMAS Y E. MILLER, «Yaz Lawsuits | Blood Clot, Heart Attack & Stroke Claims», *Drugwatch*, 17.3.2021, fecha de consulta 8 julio 2021, en <https://www.drugwatch.com/yaz/lawsuits/>.

<sup>35</sup> D. A. KESSLER, «Expert Report. David A. Kessler, M.D. Filed under Seal. Exhibit A». El resto de informes periciales llegaron a conclusiones similares, cfr. J. D. ABRAMSON, «Expert report. In re: YASMIN, YAZ Products Liability Litigation»; C. D. BLUME, «Expert Report. Thrombotic/thromboembolic events associated with drospirenone-containing oral contraceptives»; GERSTMAN, B. B., «The risk of Drospirenone-associated venous thromboembolism»; C. T. STIER, «Report on Drospirenone containing Combined Oral Contraceptives (COCs)».

<sup>36</sup> Sobre el *Discovery-plan*, cfr. COMMITTEE ON THE JUDICIARY HOUSE OF REPRESENTATIVES, “Federal Rules of Civil Procedure”, cit. Rule 26 (f) (3).

<sup>37</sup> D. A. KESSLER, “Expert Report. David A. Kessler, M.D. Filed under Seal. Exhibit A”, cit., pp. 3-33, 36-42, 119-122.

<sup>38</sup> De nuevo cfr. [www.risiko-pille.de](http://www.risiko-pille.de)

había sufrido un infarto cerebral y fue resucitada tras siete minutos de muerte encefálica— fue condenada al pago de las costas judiciales por no poder despejar la posibilidad —tal como exige el § 84.2 AMG— de que el tromboembolismo padecido no se debiera al vuelo transoceánico que realizó cuatro meses antes del ataque<sup>39</sup>.

18. La única información que le fue facilitada a la demandante cuando adquirió el producto era de tipo comercial —los tres efectos beneficiosos del contraceptivo que el informe Kessler demostró exagerados o directamente falsos— y no recogía las contraindicaciones que todo prospecto ha de contemplar. El juzgador de instancia entendió que la exigencia de información que establece la AMG no se aplicaba a dicho folleto por tratarse de un documento dirigido al *marketing* del producto.

19. La Corte de apelación de Karlsruhe confirmó la desestimación de la demanda por idénticos motivos<sup>40</sup>.

### C) Bundesgericht I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 5. Januar 2015

20. A un resultado similar (condena en costas judiciales a la demandante por valor de 174 mil francos) llegó el famoso caso suizo de Céline<sup>41</sup>. En dicho proceso, no sólo carecía la demandante de instrumentos similares al *discovery* para demostrar la estrategia de ocultamiento de los efectos adversos del fármaco, sino que el Tribunal expresamente rechazó tomar en consideración el referido “informe Kessler”<sup>42</sup>. En las tres instancias se confirmó la desestimación de la reclamación presentada.

### D) Los casos habidos en España

21. Sorprendentemente en nuestro país no ha habido demandas por los daños sufridos por las mujeres afectadas por esta saga de anticonceptivos hormonales con Drospirenona. La AEMPS, sin embargo, ha informado de numerosos casos (se han notificado 92 incidencias directamente relacionadas con los mencionados contraceptivos)<sup>43</sup> de usuarias afectadas por las distintas marcas de estos preparados hormonales.

22. Resulta comprensible el recelo de los despachos de abogados en España a iniciar demandas careciendo de los medios procesales clave para exigir a la parte demandada las fuentes de prueba en las que sustentar los informes periciales que demuestren la relación de causalidad entre los padecimientos y el consumo de los fármacos; así como el ocultamiento de los efectos adversos en los distintos estudios financiados por las propias compañías.

## 2. Otros supuestos

23. Los ejemplos de soluciones dispares debidas a una insuficiente prueba que a su vez trae

<sup>39</sup> LG Waldshut-Tiengen, Urt. v. 20. 12. 2018 – 1 O 73/12. Cfr. D. FRANZKI Y A. SPICKHOFF, «Ausschluss der Kausalitätsvermutung (AMG § 84 Abs. 2 S. 3)», en B. GSELL, W. KRÜGER, S. LORENZ, C. REYMANN, A. SPICKHOFF (eds.) *Grosskommentar zum Zivilrecht*, C. H. Beck, München, 2020, pp. 111-112.2; REDAKTION, «Zur Haftung nach § 84 Abs. 2 AMG (Antibabypille «Yasminelle»)», *Pharma Recht - Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht*, 2019, pp. 75-82.

<sup>40</sup> OLG Karlsruhe Urt. v. 25.06.2021, Az. 4 U 19/19.

<sup>41</sup> Tras apenas una semana de consumo de las píldoras anticonceptivas sufrió un repentino tromboembolismo, seguido de un infarto cerebral y hoy padece importantes secuelas debidas a los daños encefálicos padecidos. Cfr. C. PFLEGER HÜRLIMANN, «Céline» *Antibabypille - und plötzlich schwerstbehindert*, 2, Schild, Elbingen, 2017.

<sup>42</sup> Bezirksgerichtes Zürich 8. Abteilung, Urteil vom 13. August 2013 (CG090220-L); Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer, Beschluss und Urteil vom 7. Mai 2014; Bundesgericht I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 5. Januar 2015.

<sup>43</sup> M. J. LAMAS DÍAZ, *Expediente 001-049279 de 4 de diciembre*, Madrid, 2020, p. 4.

causa de la carencia de medios procesales que posibiliten una investigación profunda podrían multiplicarse<sup>44</sup> y no sólo en el ámbito de los productos farmacéuticos<sup>45</sup>.

**24.** Actualmente está abierto un nuevo proceso contra la empresa Bayer por el anticonceptivo mecánico Essure que ha provocado numerosas lesiones y muertes en todos los países donde se ha comercializado<sup>46</sup>. Recientemente ha podido conocerse que la corporación farmacéutica planea un desembolso de 1,6 mil millones de dólares para las transaccionar en torno al 90 % de las más de 39.000 demandas a las que la compañía se enfrenta en los tribunales de EE. UU.<sup>47</sup>.

**25.** A raíz de sucesos como éste, la legislación sanitaria americana (*Obamacare*) ha obligado a las compañías farmacéuticas a publicar los datos financieros sobre los pagos realizados a médicos y de esta manera sacar a la luz los innumerables conflictos de intereses de quienes prescriben los medicamentos, han de informar rigurosamente a los pacientes de los riesgos asociados a su ingesta y simultáneamente se ven económicamente beneficiados por aconsejar o vender directamente tales productos. La información puesta a disposición del público, a través de la plataforma *Propublica Data Store*, ha dado lugar a portales que facilitan la búsqueda en dicha base de datos como *Dollarsfordocs*. En ésta última se muestran, entre otros, con toda claridad los pagos realizados por Bayer a los ginecólogos americanos que resultaron ser los más decididamente promotores del dispositivo Essure<sup>48</sup>.

**26.** En España, este dispositivo también ha dejado numerosas víctimas, en torno a 3.500 personas. Cifra nada desdeñable sabiendo que se han implantado unos 80 mil dispositivos desde 2002 en nuestro país<sup>49</sup>. La plataforma *AfectadasEssure* interpuso una querrela criminal contra la mencionada

<sup>44</sup> Con la excepción del “caso Agreal” (STS 10 de julio de 2014 (RJ 2014\4318) MP: José Antonio Seijas Quintana) —en cuyos pronunciamientos cabe observar una evidente falta de medios probatorios que demuestren la relación de causalidad entre el fármaco y la depresión padecida por las consumidoras afectadas— las desestimaciones son la regla general. Así con los fármacos: Zyprexa, VIOXX, Nolotil, Levothroid... Especialmente grave es el caso del fármaco VIOXX (In re Vioxx Products Liability Litigation, 230 F.R.D. 470 (2005)) que en EEUU terminó con la vida de más de 60.000 pacientes. La compañía Merck había ocultado a la FDA estadounidense los estudios epidemiológicos que revelaban los efectos adversos del fármaco. En consecuencia, debió pagar en torno a 850 millones de dólares para saldar su responsabilidad penal en la causa criminal abierta contra ella y 4,85 mil millones en daños y perjuicios a los damnificados y sus familias. Es clamoroso que en nuestro país el proceso terminara con una desestimación en primera instancia (SAP Madrid 4 de mayo de 2011 (RJ 6538/2011) y en Alemania con una desestimación por el Tribunal Supremo (BGH, Urteil vom 26. 03. 2013 - VI ZR 109/12). Cfr. K. COMPTON Y K. CONNOLLY Y A. GERBERICH, «VIOXX», *Drugwatch*, 26.6.2020, fecha de consulta 8 julio 2021, en <https://www.drugwatch.com/vioxx/>. P. SALVADOR CODERCH Y OTROS, «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *InDret*, 4, 2015, Barcelona, pp. 28-29. J. MURO INSAUSTI, “Productos defectuosos”, cit., pp. 426-432. D. FRANZKI Y T. VOGEL, «Grenzen der Kausalitätsvermutung und des Auskunftsanspruchs im Arzneimittelhaftungsrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 2862-2865; REDAKTION, «BGH: Schadenseignung in § 84 II 3 AMG ebenso auszulegen wie in § 84 II 1 AMG», *Pharma Recht - Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht*, 2013.

<sup>45</sup> Es conocida la condena de *Philipp Morris*, en EEUU, por no avisar de los riesgos conocidos y ocultados a los consumidores de tabaco y la absolución de Tabacalera en España (STS de 4 de marzo de 2009 (RJ 1132/2009). MP: Juan Antonio Xiol Ríos; SAP Girona 11 de abril de 2005 (RJ 595/2005); SAP Barcelona de 1 de diciembre de 2003 (RJ 7224/2003). Del mismo modo ha ocurrido con la desestimación de las reclamaciones derivadas de los daños derivados de distintas intervenciones de medicina satisfactiva: fotodepilación láser, cirugía LASIK de reparación ocular e implantes mamarios defectuosos... De nuevo, cfr. F. J. MURO INSAUSTI, «Productos defectuosos», en Francisco Javier Muro Insausti (ed.) *Aranzadi responsabilidad civil: doctrina, jurisprudencia, régimen legal y formularios*, vol. III, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

<sup>46</sup> Bertelsman, W. O. y United States District Court for The Eastern District of Kentucky Covington Division, *Amy Lynn Coghill vs. Bayer Corporation, et al.* Civil Action n. 2:19-cv-158-WOB-CJS, 2020. Bailey, Rene Leach et al. v. Bayer Corporation, et al., 2020.; Land, C. D. y U.S. District Court Judge Middle District of Georgia, *Kimberly Frey vs. Bayer Corporation et al.* Case No 3:20-CV-41 (CDL), 2020.; Rowland, M. M., *Vivian Elrod v. Bayer Corporation et al.* Case No. 19 cv 06048, 2020.

<sup>47</sup> M. LLAMAS Y E. MILLER Y T. SCHULMAN, «Essure Lawsuits», *Drugwatch*, 12.3.2021, fecha de consulta 8 de julio 2021, en <https://www.drugwatch.com/essure/lawsuits/>; REDAKTION BECK-AKTUELL, «Bayer einigt sich in den USA mit Essure-Klägerinnen auf Milliardenvergleich», *Beck-Aktuell. Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews*, 2020, München.

<sup>48</sup> M. TIGAS Y R. G. JONES Y C. ORNSTEIN Y L. GROEGER, «Dollars for DOCs», 2021, fecha de consulta 8 de julio 2021 en <https://projects.propublica.org/docdollars/products/5896>.

<sup>49</sup> La Asociación Libres de Essure España aúna a más de 2.400 afectadas. Cfr. S. GUARDÓN, «La Plataforma Asociada Libres de Essure expone al CGCOM la situación de las afectadas por este anticonceptivo», *Médicos y Pacientes*, 2019, Madrid.

compañía, la Sociedad Española de Ginecología y la Agencia Española del Medicamento<sup>50</sup>. Parece adivinarse que la vía procesal elegida (penal) se ha escogido precisamente por la amplitud de las diligencias previas. De nuevo, esta legítima estrategia no hace sino revelar las limitaciones del proceso civil español en lo referido a la exhibición de pruebas. Tratándose de reclamaciones por daños (contractuales, extracontractuales o con base en el TRLGDCU), el cauce natural es el proceso civil. El posterior archivo de la querrela pone de manifiesto este extremo<sup>51</sup>.

27. A principios de octubre de 2020 se hizo público el acuerdo alcanzado por los representantes legales de la Plataforma Libres de Essure España (distinta a la anterior) con la compañía aseguradora del servicio público de salud<sup>52</sup>. Continua, sin embargo, el proceso de reclamación de daños contra la corporación farmacéutica Bayer por ser la productora y distribuidora del fármaco.

28. Una vez contemplado el panorama comparativo entre España, Alemania y EE. UU. con base en supuestos de responsabilidad civil con numerosos consumidores y usuarios afectados, procede estudiar con algo de detalle el instrumento de la exhibición de pruebas tal como se practica en EE. UU.

#### IV. US Civil Litigation and Discovery

29. La exhibición de fuentes de prueba para la preparación de la vista oral —en la que se somete a contradicción la evidencia elaborada gracias a los elementos de convicción obtenidos— es quizás el elemento más característico del proceso civil norteamericano. La transparencia y colaboración que exige a las partes implicadas —y a terceros con información relevante para el caso— facilita enormemente la preparación del juicio oral (*trial*) pues, de lo contrario, muchos litigantes se verían obligados a emprender acciones “a ciegas”. Esto es, estarían abocados a la desestimación de sus pretensiones por carecer de medios legales que les permitan corroborar —con evidencia que se encuentra en poder de la parte contraria o de terceros— los hechos que fundamentan sus alegaciones.

30. Así pues, el objetivo que persigue este instrumento es doble. En primer lugar, el conocimiento exacto de los hechos y la probabilidad de obtener el pronunciamiento judicial deseado. En segundo lugar, promover la transacción entre las partes a la luz de lo hallado en la investigación de las pruebas y evitar los costes del proceso completo.

31. Aunque la legislación procesal civil es competencia estatal, la mayoría de las jurisdicciones prevén un modelo de exhibición de pruebas similar que, a su vez, toma como referencia la legislación federal (*Federal Rules of Civil Procedure*)<sup>53</sup>. En el ámbito del Derecho de daños (*Torts Law*) cuya regulación es competencia de los Estados federados<sup>54</sup>, las cortes encargadas del enjuiciamiento suelen ser las estatales (no las federales) porque —con algunas excepciones como el *preemption*— aplican Derecho estatal. Por este motivo y a los efectos que aquí interesan (diligencias de acceso a fuentes de prueba en el marco de la protección de consumidores y usuarios), se toma como referencia la normativa procesal

<sup>50</sup> N. VILLANUEVA Y J. G. STEGMANN, «La Audiencia Nacional estudia una querrela contra Bayer de treinta víctimas del anticonceptivo Essure», *ABC*, 2018, Madrid.

<sup>51</sup> M. PINHEIRO, «La Audiencia Nacional rechaza investigar el caso de las mujeres afectadas por el anticonceptivo Essure», *elDiario.es*, 2018, Madrid.

<sup>52</sup> CASTREJE & CO ABOGADOS, «Essure: acuerdo extrajudicial-aseguradora de servicio público de salud indemniza a afectada por determinados daños excepto los que tienen su origen en el producto defectuoso», 2020, fecha de consulta 8 julio 2021, en <http://www.castrejeabogados.com/noticias/?p=1147>; E. J. SALAZAR, «El drama que no cesa de las afectadas por el anticonceptivo de Bayer», *elDiario.es*, 2019, fecha de consulta 8 julio 2021, en [https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/alicante/drama-cesa-afectadas-anticonceptivo-bayer\\_1\\_1393489.html](https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/alicante/drama-cesa-afectadas-anticonceptivo-bayer_1_1393489.html).

<sup>53</sup> US MIDDLE DISTRICT OF FLORIDA MAGISTRATE AND DISTRICT JUDGES, *Middle District Discovery. A Handbook on civil discovery practice in the US District Court for the Middle District of Florida*, Middle District of Florida, Fort Myers, Jacksonville, Ocala, Orlando and Tampa, 2015, p. 4.

<sup>54</sup> K. S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, 4, Foundation Press, St. Paul, Minnesota, 2012, pp. 1-5.

del Estado de California, cuyo desarrollo es particularmente intenso y porque el tratado sobre la materia más detallado y actualizado se refiere a la ley rituaría de dicho Estado<sup>55</sup>.

32. Pasamos pues a hacer un somero repaso de los elementos principales de este instrumento procesal.

### **1. Discovery Plan**

33. Una vez presentada la demanda —que no ha de ser completa sino que basta con que sea plausible y contenga los elementos suficientes para delimitar los sujetos, los hechos básicos y las pretensiones— y superado el primer filtro del archivo de las actuaciones (*motion to dismiss* o *motion for summary judgment*<sup>56</sup>), ambas partes han de colaborar poniendo a disposición del contrario la información que sea relevante para el caso que esté bajo su poder y dar noticia de la que obre en poder de terceros en un plazo de dos semanas.

34. A continuación, deberá el demandante, si lo estima oportuno, presentar un plan más exhaustivo exigiendo nuevos medios de prueba. En el que deberá figurar tanto el alcance de las pesquisas como el tiempo estimado para su realización. Por su parte, el demandado podrá pedir al juez la exclusión de alguna de las fuentes de prueba exigidas que encajen bajo las categorías expresamente previstas a través de una orden de protección (*protective order*).

### **2. Tipos de fuentes de prueba (Discovery methods)**

35. Los tipos de fuentes de prueba que la legislación permite obtener son los siguientes:

#### **A) Declaraciones juradas orales (oral depositions)**

36. Se trata de un interrogatorio a una de las partes o bien a un tercero con información relevante dirigido por uno de los abogados actuantes. De ordinario, el abogado contrario también participa para asegurar que las preguntas guardan relación con el caso y para plantear las objeciones que entienda pertinentes. Ha de estar también presente un taquígrafo que tome cumplida cuenta del interrogatorio que, además, suele grabarse.

37. Estas declaraciones resultan de una importancia crucial para preparar los futuros interrogatorios en la vista oral y anticipar las preguntas de la parte contraria a los testigos presentados durante el *cross-examination*.

#### **B) Declaraciones juradas escritas (written depositions)**

38. De modo similar puede exigirse a una de las partes o a terceros mediante preguntas escritas que ellos deben responder oralmente y cuyas respuestas son consignadas por un estenógrafo. Se acude

---

<sup>55</sup> La exposición de este capítulo de basa fundamentalmente en DEMEO, J. N. Y OTROS, *California Deposition and Discovery Practice*, cit., §§1.01-1.06. Entre los autores españoles que han trabajado la materia pueden consultarse *inter alia*, L. CARBALLO PIÑEIRO, «La actividad preparatoria de un litigio internacional: de las diligencias preliminares a la pre-trial discovery», *La Ley*, 5211, 2005; A. LARRAÑAGA YSASI-YASMENDI Y L. GARCÍA DEL RÍO, «Las empresas españolas frente al discovery del proceso judicial americano», *La Ley*, 2536, 2007.

<sup>56</sup> Aunque de ordinario esta segunda *motion* suele presentarse una vez concluido el *discovery* para evitar el juicio oral.

a este formato de declaración cuando el declarante se encuentra en otro Estado o bien no es posible la presencia de los abogados de las partes.

### **C) Interrogatorios escritos a una de las partes (*written interrogatories to a party*)**

39. A diferencia del anterior, este tipo de diligencia puede dirigirse solo a alguna de las partes y se responde de forma escrita. En consecuencia, el interrogado tiene mucho más tiempo para preparar el contenido. Por ello, se utiliza para pedir información precisa sobre fechas, empleados, contratos, etc. que de forma espontánea el cuestionado no puede facilitar porque necesita recopilar la información solicitada.

### **D) Inspección de documentos, cosas y lugares (*inspections of documents, things, and places*)**

40. Con toda probabilidad, esta diligencia es la de más amplio espectro y la que exige más trabajo de selección y búsqueda de la información relevante<sup>57</sup>. Esto es, el rango de posibles documentos (sean físicos o digitales) abarcados por este medio es enorme. Actualmente, tiene lugar en su mayoría de forma electrónica. Se trata del llamado *e-discovery*<sup>58</sup>. Para evitar tácticas obstruccionistas dilatorias como la puesta a disposición de ingentes cantidades de documentos irrelevantes o la práctica abusiva de las *fishing expeditions* (petición indiscriminada de documentos para hallar algún tipo de infracción y, a continuación, buscar potenciales clientes perjudicados) se ha ido moderando jurisprudencialmente el uso del *e-discovery* y se han desarrollado poderosas herramientas de búsqueda para agilizar esta tarea<sup>59</sup>.

### **E) Exploración física y psicológica (*physical and mental examinations*)**

41. Consiste en el examen y reconocimiento por parte de un médico forense de una de las partes o bien —en casos debidamente justificados— de terceras personas. También incluye las pruebas de paternidad y las tendentes a identificar el grupo sanguíneo.

42. En la mayoría de supuestos de responsabilidad civil por daños personales el examen médico de las secuelas es de capital importancia para determinar el alcance del resarcimiento a sufragar.

### **F) Petición de admisión de la veracidad de hechos y documentos (*requests for admissions*)**

43. A través de esta diligencia se solicita a la contraparte la admisión de la veracidad de hechos y documentos que se tendrán por auténticos durante el juicio. Tiene, por tanto, el valor de una admisión judicial. Como bien puede advertirse ayuda a fijar los presupuestos fácticos que no podrán ser impugnados de forma sorpresiva durante la vista oral.

---

<sup>57</sup> El hallazgo de los extremos que prueban los hechos alegados de forma incontestable y fundamentan el corazón de las pretensiones suele llamarse en la jerga jurídica haber encontrado: la pistola humeante (*the smoking gun*) o el documento mortífero (*the killing document*).

<sup>58</sup> B. SCHAUFENBUEL, *E-Discovery and the Federal Rules of Civil Procedure*, IT Governance Publishing., Ely, 2007. En nuestro país el art. 336.5 LEC prevé un modelo de exhibición de prueba en parte similar pero mucho más limitado. Cfr. S. PUIG FAURA, «El acceso del perito informático-forense a fuentes de prueba en poder de terceros. Análisis del apartado 5.º del artículo 336 LEC tras la reforma de la LEC por la Ley 42/2015 de 5 de octubre», *Diario La Ley*, 8808, 2016.

<sup>59</sup> J. I. SOLAR CAYÓN, «La codificación predictiva para la realización de tareas de «e-discovery»», en José Ignacio Solar Cayón (ed.) *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de los servicios jurídicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 145-169.

### **G) Intercambio recíproco de información sobre los peritos (*simultaneous exchanges of expert trial witness information*)**

44. Esta diligencia permite exigir a la contraparte la lista de peritos a usar en juicio, así como los datos sobre sus credenciales, el contenido principal de su informe y las fuentes utilizadas. A cambio el solicitante deberá permitir que el oponente tenga la misma información respecto de sus propios expertos.

### **3. Bases de datos electrónicas (*Public Access to Court Electronic Records*)**

45. Otro de los instrumentos que más útil se revela en las *class actions* en las que los demandantes tienen representaciones legales distintas es la base de datos electrónica *PACER* (*Public Access to Court Electronic Records*). Aparte de servir para la presentación y notificación de documentos judiciales (la plataforma homóloga a *LexNET*), permite que otros abogados<sup>60</sup> —incluso aunque no sean parte en el proceso, siempre que el escrito en cuestión no haya sido presentado *under seal* “bajo sello”<sup>61</sup>— puedan acceder a todos los escritos presentados por las partes, las resoluciones del tribunal, los informes periciales, los interrogatorios escritos, las declaraciones juradas, etc.

46. Se posibilita de esta manera que otros abogados en un proceso similar (contra el mismo demandando e idénticos daños debidos al mismo producto o servicio) ante una jurisdicción distinta, puedan beneficiarse de los resultados obtenidos en un *discovery* llevado a cabo en otro Estado. O bien, que será el supuesto más frecuente, que los abogados de distintos grupos de afectados que demandan de forma conjunta se beneficien mutuamente de los hallazgos de sus respectivas pesquisas. La plataforma electrónica *PACER* beneficia igualmente a los representantes legales que demandan de forma sucesiva ante la misma corte que conoció del caso original cuyo proceso dio lugar al *discovery*. Este último supuesto nos lleva a la siguiente especialidad del proceso civil estadounidense: la litigación multidistrito.

### **4. Litigación mulidistrito para agilizar el discovery (*Multidistrict Litigation Statute, 28 U.S.C.A. § 1407*)**

47. Es experiencia común que en los supuestos de daños por productos y servicios defectuosos los damnificados se encuentren dispersos en distintas jurisdicciones. Una forma de facilitar la reclamación de tales daños es la creación de cortes *federales* multidistrito especializadas que absorben la competencia para llevar a cabo el *discovery* de distintos casos presentados ante diversas cortes federales<sup>62</sup>.

48. De esta manera, el tribunal en cuestión puede tener abierto un proceso contra un demandante durante años<sup>63</sup>. Es decir, se permite que distintos demandantes y grupos de demandantes puedan acudir a dicha corte en momentos distintos (no tienen que presentarse de forma simultánea ni bajo la misma representación procesal) y beneficiarse del *discovery* llevado a cabo por el comité de abogados demandantes (*plaintiff's steering committee*) seleccionado por el juez para dirigir la demanda en nombre de todos los litigantes.

<sup>60</sup> Dicha plataforma está incluso disponible para periodistas e investigadores. Esta transparencia exige la anonimización de muchos de los documentos (se eliminan referencias nominales, bancarias, direcciones, etc.).

<sup>61</sup> La presentación confidencial de dichos documentos no impide que pasado un plazo el juez pueda ordenar su desclasificación (*unseal*).

<sup>62</sup> D. F. HERR, *Multidistrict Litigation Manual: Practice Before the Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, Thomson West, Eagan, Minnesota, 2020, cap. 3; R. H. KLONOFF, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, 4, West, Thomson Reuters, St. Paul, Minnesota, 2012, pp. 217-220.

<sup>63</sup> El caso *In re Yasmin & Yaz (Drospirenone) Marketing, Sales Practices & Products Liability Litigation*, 655 F. Supp. 2d 1343 (2009) acaba de darse por concluido en 2020, habiéndose iniciado en 2009.

49. Adviértase que el *discovery* está diseñado para promover la transacción entre los litigantes y evitar el juicio. La gran mayoría de las demandas terminan en acuerdo. Por este motivo, resulta de tanta utilidad que los sucesivos demandantes en una litigación multidistrito puedan hacer uso de todo lo hallado por los anteriores<sup>64</sup>.

## V. Utilidad de la experiencia de litigación civil americana para el ordenamiento español

50. Son muchas las cuestiones que una confrontación del modelo de litigación civil americano, basado en el *discovery*, provoca al compararlo con el español. Conociendo la inspiración de las Directivas 2014/104 y 2020/1828 en el modelo estadounidense —del que en algunos puntos ha querido expresamente distanciarse— parece obligado el análisis de nuestro ordenamiento procesal (actual en vigor y futuro) a la luz del *Discovery* norteamericano. En consecuencia, se ordenan las consideraciones en dos apartados: interpretación *de lege lata* y propuestas *de lege ferenda*.

### 1. *De lege lata*: uso en un proceso español de pruebas obtenidas en un *discovery* americano

51. Sabiendo que muchos de los casos de responsabilidad por infracción del Derecho de consumo se refieren a productos o servicios defectuosos que son idénticos (o muy similares) en España y en EE. UU., surge la pregunta de si podrán utilizarse en un proceso español los resultados (informes periciales, declaraciones juradas, interrogatorios, etc. obtenidos en un *discovery* americano<sup>65</sup>.

52. Pues bien, tanto la Ley de cooperación jurídica internacional (arts. 29-31)<sup>66</sup> como la Convención de la Haya de 1970<sup>67</sup> sobre obtención de prueba permiten esta posibilidad. En efecto, España ha formulado una reserva a dicha Convención para excluir la solicitud indiscriminada que los tribunales extranjeros pudieran exigir en el marco de un *pre-trial discovery* a las autoridades españolas. Ahora bien, tal limitación no aplica en sentido contrario (petición de tribunales españoles de documentos surgidos en un *discovery* extranjero) porque EE. UU. no ha formulado reserva alguna al Tratado. Esto es, como la norma española no exige reciprocidad (art. 3.2 LCJIMC)<sup>68</sup>, cabe utilizar en procesos españoles (igual sucede en Alemania)<sup>69</sup> dichos resultados para elaborar la propia prueba.

53. Además, conociendo el tiempo que exigen las cartas rogatorias y sabiendo que cualquier persona (no necesita siquiera ser abogado) puede darse de alta en la plataforma PACER y consultar

<sup>64</sup> El ahorro procesal (piénsese en el colapso de los tribunales por los casos de cláusulas suelo o en Alemania los derivados del *Dieselgate*) que dicho instrumento supone, hacen aún más atractiva esta figura. Cfr. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Acciones colectivas: pretensiones y legitimación”, cit., pp. 40-41; M. HEESE, “Sachaufklärung im Dieselskandal — Probleme und Abhilfe”, cit., nn. 33-35.

<sup>65</sup> Para el caso de un *discovery* llevado a cabo en un país miembro de la UE —actualmente sólo existe un instrumento similar en Irlanda (*disclosure*) y mucho más limitado— es de aplicación el Reglamento (UE) 2020/1783. Su art. 1 (define el ámbito de aplicación) no resuelve el problema interpretativo que suscitaba el anterior Reglamento 1206/2001. Cfr. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Prueba judicial y práctica del *discovery* en la Unión Europea», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 5, 1, 2014, pp. 30-32.

<sup>66</sup> J. J. FORNER I DELAYGUA, «De la práctica y obtención de pruebas», en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO (eds.) *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 347-359.

<sup>67</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW PERMANENT BUREAU, *Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention*, 3, HCCH, The Hague, 2016, pp. 17-38; W. WUMNEST, «Das Haager Beweisaufnahmeübereinkommen (HBÜ)», en H.-G. KAMANN, S. VÖLCKER, S. OHLHOFF (eds.) *Kartellverfahren und Kartellprozess*, 1, München, 2017, n. 112.

<sup>68</sup> A. FONT I SEGURA, «Artículo 3. Principio general favorable de cooperación», en Fernando Pedro Méndez González, Guillermo Palao Moreno (eds.) *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 43-61.

<sup>69</sup> E. D. ESCHENFELDER, «Verwertbarkeit von Discovery-Ergebnissen in deutschen Zivilverfahren», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2006, pp. 443-449; E. D. ESCHENFELDER, «Möglichkeiten deutscher Unternehmen, US-amerikanische Discovery auch vor deutschen Gerichten zu nutzen», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 6, 2006, pp. 89-97.

los documentos disponibles —muchos de ellos resultado del *discovery*—, surge una pregunta aún más interesante: ¿se pueden utilizar tales documentos (informes periciales, interrogatorios, declaraciones juradas) que sean resultado de un *discovery* como prueba? Si versan sobre hechos que corroboran las alegaciones de quien los esgrime, la respuesta deberá ser afirmativa (también, en Alemania<sup>70</sup>). Se trata de la fuente oficial estadounidense que los propios litigantes americanos utilizan —recuérdese el funcionamiento de la litigación multidistrito y de las *class actions*— y el art. 281.1 LEC admite sin problema este medio de prueba.

## 2. De lege ferenda

54. El ámbito de aplicación de las diligencias de acceso a fuentes de prueba excluye expresamente el Derecho de consumidores y usuarios. Sin mucha explicación, el Ministerio de Justicia modificó la original Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104/UE, 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. Recortó notablemente el ámbito original de aplicación<sup>71</sup> de las diligencias de acceso a fuentes de prueba<sup>72</sup>. La transposición de los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828 abren la posibilidad de replantear nuevamente el alcance de dichas diligencias.

### A) Amplias diligencias de acceso a fuentes de prueba para las demandas colectivas en defensa de consumidores y usuarios

55. El legislador nacional deberá crear un mecanismo de exhibición de pruebas para las acciones en defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios. La posibilidad más sencilla sería simplemente extender las DAFP para incluir, también, este tipo de demandas.

56. Sin embargo, tal como la experiencia estadounidense muestra, una tutela integral de consumidores y usuarios exige un catálogo mucho más amplio que la exhibición de documentos. Conviene apuntar que las diligencias previstas en el art. 283 bis a) LEC no coinciden con los tipos de fuentes de prueba (*discovery methods*) habituales en EE. UU. Ni el ordenamiento español, ni tampoco el alemán<sup>73</sup>

<sup>70</sup> W. WUMNEST, “Das Haager Beweisaufnahmeübereinkommen (HBÜ)”, cit., n. 120.

<sup>71</sup> Cfr. M. L. ESCALADA LÓPEZ, «La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 1, 2016, pp. 160-165. Apartado contenido en C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva”, cit.; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, cit., pp. 141-143.

<sup>72</sup> F. CORDÓN MORENO, “La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba”, cit., p. 4; P. GONZÁLEZ GRANDA, “La regulación del acceso a las fuentes de prueba”, cit., pp. 132-139.

<sup>73</sup> C. GRAVE, «§ 33g GWB Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften», en W. JAEGER, J. KOKOTT, P. POHLMANN, D. SCHROEDER (eds.) *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 96, Otto Schmidt, Köln, 2020, nn. 10-42; G. MÄSCH, «§ 33g – Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften», en W. BERG, G. MÄSCH (eds.) *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 3, Luchterhand, München, 2018, n. 12; N. PREUSS, «GWB § 33g Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften», en U. LOEWENHEIM, K. M. MEESSEN, A. RIESENKAMPFF, C. KERSTING, J. MEYER-LINDEMANN (eds.) *Kartellrecht. Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*, 4, C. H. Beck, München, 2020, nn. 4-10. Y tampoco son comparables las diligencias previstas en el §142 ZPO (referidas exclusivamente a la solicitud de documentos) con los *discovery methods*. Cfr. R. GREGER, «§ 142 ZPO Anordnung der Urkundenvorlegung», en R. ZÖLLER (ed.) *Zivilprozessordnung*, 33, Otto Schmidt, Köln, 2020, nn. 1-17; T. LÜPKE, ««Pre-Trial Discovery of Documents» und § 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?», *Insolvenzrecht*, 2002, pp. 588-589; H. PRÜTTING, «§ 142 ZPO – Anordnung der Urkundenvorlegung», en H. PRÜTTING, M. GERHLEIN (eds.) *Zivilprozessordnung Kommentar*, 12, Luchterhand, München, 2020, nn. 1-19; D. VON SELLE, «ZPO § 142 Anordnung der Urkundenvorlegung», en V. VORWERK, C. WOLF (eds.) *Beck'scher Online-Kommentar zum Zivilprozessordnung*, 38, C.H. Beck, München, 2020, nn. 3-18. De igual forma, tampoco las diligencias previstas en las leyes especiales alemanas tienen el amplio alcance de las pesquisas permitidas a los litigantes en EEUU.

—al transponer la Directiva 2014/104— contemplan las declaraciones juradas, ni los interrogatorios escritos a una de las partes, ni la exploración física y psicológica, ni las peticiones de admisión de la veracidad de hechos, ni tampoco el intercambio recíproco de información sobre los peritos. Las DAFP se reducen únicamente a la inspección de documentos, cosas y lugares y la exigencia de solicitudes detalladas de los documentos relevantes parecen suponer que el consumidor conoce de antemano cuáles son. De hecho, su modesto alcance parece más bien una modificación de la diligencia preliminar de exhibición de cosa (art. 254.1.2 LEC), cuya interpretación jurisprudencial ya había ido ampliando la figura para incluir todo tipo de documentos<sup>74</sup>.

**57.** En efecto, la desproporción entre la información a disposición del consumidor dañado (en tantas ocasiones diseñada con fines comerciales por la propia compañía causante de los daños) y la que obra en poder del empresario prestador de servicios, del fabricante o del distribuidor es abismal. Por desgracia, tampoco los controles administrativos de calidad de productos y servicios son suficientes. De nuevo, tal como demuestran los casos de responsabilidad por productos farmacéuticos defectuosos, las propias Agencias de control (FDA, AEMPS y AEM) fueron sorteadas por las corporaciones en los procedimientos de aprobación de los medicamentos y en los procesos posteriores de farmacovigilancia. Es ilusorio pensar que con los instrumentos procesales actuales el consumidor ordinario que *v. gr.* acude a una farmacia y recibe un prospecto falseado esté en condiciones de impugnar la información que allí encuentra y desmontar la estrategia comercial de ocultamiento de riesgos a través estudios epidemiológicos maquillados. ¿Qué paciente puede financiar un estudio poblacional con una muestra suficientemente representativa que demuestre una mayor prevalencia de las distintas contraindicaciones de un fármaco de la que aparece en el prospecto?

**58.** Dejar desarmados a los destinatarios últimos de los productos y servicios —quienes sufren los daños— al negarles instrumentos procesales lo suficientemente potentes para combatir este tipo de estrategias corporativas es sencillamente anular la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Este derecho fundamental ha de conectarse con la obligada cooperación con los tribunales (118 CE), tal como exige la reiterada doctrina del TC:

“Así: (i) la STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 6, [...] «Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 98/1987, fundamento jurídico 3, y 14/1992, fundamento jurídico 2). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3)».

[...]

(i) Cuando se pueda hablar de imposibilidad material y no de negativa injustificada de la administración a la entrega del medio de prueba. Así, en la STC 140/1994, de 9 de mayo, FJ 4 b) se dijo que «ha de tenerse en cuenta que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que sea aquella quien deba acreditar los hechos determinantes de la litis (SSTC 227/1991). [...]»; si bien las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo no pueden repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, es claro que no nos encontramos ante un

Cfr. P. GOTTWALD, «§ 10 Internationales Beweisrecht», en H. NAGEL, P. GOTTWALD (eds.) *Internationales Zivilprozessrecht*, 8, Otto Schmidt, Köln, 2020, nn. 10.39-10.42.

<sup>74</sup> R. CASTRILLO SANTAMARÍA, *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 167-174, 459-465.

supuesto [donde] no lo lleva a cabo invocando dificultades derivadas de deficiencia o carencias internas, como en el caso objeto de la STC 227/1991, sino ante el supuesto de una imposibilidad de proceder a esa acreditación ni aun tratando de reconstruir el expediente»<sup>75</sup>.

**59.** En efecto, como atinadamente señala el TC, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de la contraparte, la tutela judicial efectiva en su vertiente de interdicción de la indefensión (art. 24.1 *in fine* CE) en conexión con el deber de cooperar con los tribunales ex art. 118 CE obliga al legislador a establecer mecanismos procesales eficaces para que puedan obtenerse las debidas reparaciones de los daños sufridos. Que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) sea un derecho de configuración legal (STC 1/1996 FJ 2), necesitado de una importante intervención del legislador para ser operativo, implica que podemos encontrarnos ante una inconstitucionalidad por omisión<sup>76</sup>. Es decir, la falta de previsión legal de diligencias de acceso a fuentes de prueba y la debilidad de los mecanismos afines existentes (diligencias preliminares, diligencias de comprobación de hechos, prueba anticipada, etc.) provoca auténtica indefensión y determina la imperativa necesidad de *interposito legislatoris*<sup>77</sup>.

## B) Bases de datos electrónicas para la litigación nacional y transfronteriza

**60.** Como una misma infracción del Derecho de consumo puede causar daños en distintos países de la UE, la Directiva contempla también la obligación de establecer acciones de representación transfronterizas<sup>78</sup> en defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios<sup>79</sup> (art. 6) y acciones de representación nacionales que puedan agrupar a consumidores y usuarios de distintos Estados y que se puedan dirigir contra un empresario domiciliado en lugar distinto al del país en el que la entidad habilitada esté registrada.

**61.** A ello debemos añadir que el artículo 14 establece que los Estados *podrán* —se trata de una disposición facultativa— crear bases de datos electrónicas accesibles al público. Así lo explica el Considerando 63:

“Los Estados miembros deben poder crear bases de datos electrónicas nacionales, de acceso público a través de sitios web que proporcionen información sobre las entidades habilitadas designadas con antelación para ejercitar acciones de representación nacionales y transfronterizas, así como información general sobre las acciones de representación en curso y concluidas”.

<sup>75</sup> STC 165/2020, FJ 4. Cfr. J. GARBERÍ LLOBREGAT, «Artículo 118 CE», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. E. CASAS BAAMONDE (eds.) *Comentarios a la Constitución Española: XL aniversario*, vol. II, 2, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 676-677.

<sup>76</sup> STC 159/2011 FJ 5: “respecto a la inconstitucionalidad por omisión este Tribunal “ha declarado que la misma sólo se produce cuando la propia Constitución ‘impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace’ (SSTC 24/1982, FJ 3; y 74/1987, FJ 4)” (STC 87/1989, de 11 de mayo, FJ 2).”

<sup>77</sup> La mencionada insuficiencia legislativa ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina. Por todos, P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Acciones colectivas: pretensiones y legitimación”, cit., pp. 17-23.

<sup>78</sup> Sobre el concepto y su alcance, cfr. T. DOMEJ, “Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie – Sisyphos vor dem Gipfelsieg?”, cit. P. 425; C. UNSELD, “Grenzenloser Versicherungsschutz im Produkthaftungsrecht? Der Brustimplantate-Skandal erreicht zum zweiten Mal den EuGH (Rs. C- 581/18)”, cit., pp. 460-463.

<sup>79</sup> Así las define el Considerando 23 por oposición a las acciones nacionales: “Cuando una entidad habilitada ejercite una acción de representación en un Estado miembro distinto de aquel en el que haya sido designada, dicha acción debe considerarse una acción de representación transfronteriza. Cuando una entidad habilitada ejercite una acción de representación en el Estado miembro en el que haya sido designada, dicha acción debe considerarse una acción de representación nacional, aun cuando se ejercite frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o mediante dicha acción se represente a consumidores de varios Estados miembros. A fin de determinar el tipo de acción de representación que se ejercita, debe utilizarse como criterio determinante en qué Estado miembro se ejercita la acción de representación.” Añade en el Considerando 3 que: “las entidades habilitadas de distintos Estados miembros deben poder unir fuerzas en una única acción de representación ante un único foro, de conformidad con las correspondientes normas en materia de competencia judicial.”

62. A diferencia de la base de datos estadounidense *PACER*, la perfilada por la Directiva señala únicamente que pueda accederse a “información *general* sobre las acciones de representación en curso y concluidas.”. Como ha quedado explicado más arriba (IV.4), resulta crucial que los sucesivos litigantes en la misma acción puedan beneficiarse del *discovery* —con las oportunas anonimizaciones— llevado a cabo por los anteriores demandantes.

63. Sorprende, por tanto, tanto que el art. 14 sea opcional, como esta limitación de la información que debe estar accesible en las bases de datos electrónicas. Más aún, cuando la propia Directiva apunta simultáneamente en su Considerando 71 que:

“La cooperación y el intercambio de información entre entidades habilitadas de diferentes Estados miembros han demostrado ser útiles, especialmente a la hora de abordar infracciones transfronterizas. Es necesario mantener las medidas de desarrollo de las capacidades y cooperación, y ampliarlas a un mayor número de entidades habilitadas en el conjunto de la Unión, con el fin de aumentar el ejercicio de las acciones de representación con implicaciones transfronterizas.”

64. En fin, dichas bases de datos electrónicas podrían incluirse en el Atlas Judicial Europeo en materia civil<sup>80</sup> que, entre otros, permite la obtención y práctica de prueba en otros Tribunales de la UE<sup>81</sup>.

## VI. Conclusiones

65. La comparación en el ámbito del Derecho de consumo entre el *pre-trial discovery* estadounidense y las diligencias acceso a fuentes de prueba en España y en Alemania pone de manifiesto las debilidades del instrumento patrio, así como la necesidad de reforzar este mecanismo al transponer la Directiva 2020/1828 a nuestro ordenamiento.

66. La asimetría informativa entre los destinatarios de productos y servicios y los empresarios unida a la insuficiencia de los actuales instrumentos procesales para acceder a las fuentes de prueba en poder del empresario demandado tiene como resultado la indefensión en numerosos supuestos de los consumidores y usuarios dañados.

67. La transposición del art. 18 de la Directiva 2020/1828 es buena ocasión para reforzar el catálogo de diligencias de acceso posibles e incluir las que son habituales en el ordenamiento estadounidense y asegurar de este modo la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 y 118 CE) de consumidores y usuarios.

68. La transposición del art. 14 de la Directiva 2020/1828, por su parte, brinda la oportunidad de mejorar las bases de datos electrónicas de cooperación judicial para las acciones representativas en defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios de forma que los sucesivos litigantes puedan beneficiarse de las diligencias ya efectuadas por anteriores actores.

<sup>80</sup> P. GOTTWALD, «Das Europäische Justizielle Netz», en H. NAGEL, P. GOTTWALD (eds.) *Internationales Zivilprozessrecht*, 8, Otto Schmidt, Köln, 2020, nn. 7.76-7.81.

<sup>81</sup> Cfr. 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.

# HACIA UNA MAYOR AUTONOMÍA PRIVADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES CON MARCO TRANSFRONTERIZO\*

## TOWARDS AN IMPROVEMENT IN INDIVIDUAL PARTY AUTONOMY IN MARRIAGE SETTLEMENTS IN A CROSS-BOARDER FRAMEWORK

ALBA PAÑOS PÉREZ

*Prof. Contratada Doctora Derecho Civil  
Universidad de Almería*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6266>

**Resumen:** El actual orden social globalizado, donde prima la diversidad de modelos familiares y es común el elemento transnacional, requiere unos marcos regulatorios nacionales e internacionales que se adecúen mejor a las necesidades de las familias y les aporten seguridad jurídica y previsibilidad, teniendo en cuenta la naturaleza cada vez más efímera del matrimonio, otrora perpetuo. El objetivo del presente trabajo, enmarcado desde el plano puramente material, es analizar la evolución del alcance de los efectos patrimoniales que el ordenamiento español permite disponer a los miembros de un matrimonio transfronterizo mediante el instrumento de las capitulaciones matrimoniales y su inclusión en éstas de acuerdos prenupciales, teniendo en cuenta las previsiones del Reglamento (UE) N° 2016/1103.

**Palabras clave:** autonomía privada, capitulaciones matrimoniales, acuerdo prematrimonial, régimen económico matrimonial, matrimonios transfronterizos.

**Abstract:** The current globalised social order, where the diversity of family models prevails and the transnational element is common, requires national and international regulatory frameworks that are better adapted to the needs of families and provide them with legal security and predictability, taking into account the increasingly ephemeral nature of marriage, which was once perpetual. The aim of this paper, framed from a purely material point of view, is to analyse the evolution of the scope of the property effects that the Spanish legal system allows the members of a cross-border marriage to have by means of the instrument of the matrimonial settlements and their inclusion in these of prenuptial agreements, taking into account the provisions of Regulation (EU) N° 2016/1103.

**Keywords:** party autonomy, matrimonial settlements, prenuptial agreements, matrimonial property regime, cross-border marriages.

**Sumario:** I. Cuestiones preliminares: autonomía de la voluntad sobre los efectos patrimoniales del matrimonio. 1. Introducción a la libertad de pactos en las relaciones económicas matrimoniales consagrada por el CC. 2. Margen europeo a la autonomía privada en el Reglamento 1103/2016. II. Delimitación de las capitulaciones matrimoniales. 1. Aproximación a las capitulaciones en el Derecho nacional. 2. Capitulaciones en derecho comparado europeo. 3. Validez de las capitulaciones

---

\* Este trabajo se realiza en ejecución del Proyecto Europeo Personalized Solution In European Family and Succession Law” (PSEFS). Justice Programme (JUST-JCOO-AG-2017) y en el marco de Grupo de Investigación SEJ-235, adscrito a los Centros de investigación CIDES y CEIA3.

nes y límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes. 4. Su diferenciación con los pactos en previsión de crisis. III. Regulación nacional y europea de la autonomía privada en las relaciones económicas pactadas en el matrimonio. 1. Regulación nacional. A) Derecho común. B) Derecho foral. 2. Regulación Europea: las capitulaciones a la luz del Reglamento 1103/2016. A) Ley aplicable a las capitulaciones. B) Ámbito objetivo y subjetivo. C) Validez formal y material de las capitulaciones matrimoniales en el Reglamento 2016/1103. IV. Pactos prematrimoniales en previsión de crisis conyugal como contenido de las capitulaciones matrimoniales. 1. Breve referencia a los orígenes y la evolución del reconocimiento a la autonomía privada en los pactos prematrimoniales. 2. Límites a la validez de los pactos como contenido de las capitulaciones y su admisión por la Jurisprudencia. 3. Aplicación del Reglamento 2016/1103 a los pactos prematrimoniales. V. Consideraciones Finales.

## I. Cuestiones preliminares: autonomía de la voluntad sobre los efectos patrimoniales del matrimonio

### 1. Introducción a la libertad de pactos en las relaciones económicas matrimoniales consagrada por el CC

1. Venga por sentado, de partida, que el objetivo del presente trabajo no es ahondar en un estudio sobre la autonomía de la voluntad en materia familiar, ni siquiera en el ámbito más restringido de las relaciones entre cónyuges; se limitará a analizar el alcance de los efectos patrimoniales que los ordenamientos, nacional y europeo, permitan disponer a los miembros del matrimonio, delimitando el contenido de las capitulaciones matrimoniales.

2. En el actual orden social globalizado, en el que prima la diversidad familiar y es habitual el elemento transnacional (ante la creciente movilidad de los ciudadanos europeos), se requiere una variedad de marcos regulatorios que se adecúen mejor y más justamente a las necesidades concretas de los diversos modelos familiares. Modelos que transmutan y demandan un mayor de ámbito de autorregulación de las relaciones jurídicas familiares, sobre todo entre los cónyuges, promoviendo reformas legales *ad hoc* que llegan, siempre, a remolque de esas transformaciones sociales.

3. Por esta razón, en tanto la facultad de autorregulación se ejercite por los cónyuges libremente y dentro de los límites impuestos por la ley, éstos deben poder normar las relaciones patrimoniales de su matrimonio en la esfera más amplia posible. Ese mayor ámbito de cooperación exige, sin duda, la posibilidad de ajustar tales reglas a las distintas circunstancias que pueda atravesar la economía conyugal<sup>1</sup>. Así, partimos de la perspectiva de que la inderogabilidad de deberes personales en la esfera conyugal contrasta con la libertad para regular los efectos patrimoniales<sup>2</sup>.

4. Cuando el legislador civil español consagró el principio de autonomía privada en el artículo 1255 CC<sup>3</sup>, como manifestación del poder de autodeterminación de los particulares respecto a sus propios intereses y máxima expresión de la libertad contractual, integrándose en el núcleo central de la noción de negocio jurídico<sup>4</sup>, es dudoso que tuviese en mente las relaciones conyugales. Lo cierto es que la cuestión de la admisibilidad y límites del negocio jurídico familiar ha sido ampliamente tratada por nuestra doc-

<sup>1</sup> M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura*, Dykinson, 2016, p. 63.

<sup>2</sup> M.J. HERRERO GARCÍA, “Del régimen económico del matrimonio. Disposiciones Generales”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 572.

<sup>3</sup> “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>4</sup> Véase, por todas, la definición de negocio jurídico ofrecida por DE CASTRO Y BRAVO, que entiende por tal “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. *Vid. El negocio jurídico*, Cívitas, 1985, p. 35.

trina civilista<sup>5</sup>, concluyéndose hace ya décadas que en el Derecho de Familia no hay inconveniente en admitir aquellos negocios que tienen un indudable contenido patrimonial (pactos por los que los futuros contrayentes o los cónyuges estipulan el régimen económico matrimonial, así como su modificación u otras disposiciones por razón del mismo)<sup>6</sup>.

5. La doctrina española ha venido señalando que esa autonomía privada se manifiesta en el contrato en un doble sentido: en la libertad de los sujetos de celebrar o no un contrato y en la libertad de fijar sus elementos y contenido, al amparo del artículo 1255 CC, que determina “los contratantes pueden establecer en sus contratos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público”. Díez-PICAZO<sup>7</sup> considera que, a través de este principio, se permite la modificación por voluntad de las partes de la regulación legal establecida para un tipo de contrato, que debe entenderse, por tanto, como Derecho de carácter dispositivo. Asimismo, este precepto permite la creación de tipos contractuales nuevos o el establecimiento de contratos que sean atípicos, por falta de una regulación legal.

6. La autonomía privada en el ámbito del Derecho de familia tiene un especial significado, alejado de su consideración comúnmente referida de manera exclusiva al aspecto patrimonial puro; ya que en esta esfera incidirá el interés superior del grupo familiar<sup>8</sup>. La presencia de este interés superior obliga a analizar más detenidamente los límites permitidos para la autorregulación, teniendo en cuenta que en este ámbito se diluyen los límites que trazan las relaciones personales y patrimoniales, imperando otros principios como el de igualdad, solidaridad o lealtad entre cónyuges.

7. Pues bien, este principio general de autonomía de la voluntad privada se extrapola al ámbito de los negocios jurídicos familiares, más concretamente a la regulación del régimen económico del matrimonio, en la consagración de la libertad de pacto que realiza el artículo 1315 CC. Y es que la comunidad de vida que lleva consigo el matrimonio implica necesariamente una serie de interrelaciones económicas entre los cónyuges, que se articularán a través del régimen económico matrimonial que se les aplique<sup>9</sup>. Dicho precepto proclama el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del régimen económico-matrimonial de los cónyuges, de manera que éstos podrán pactar el régimen que estimen conveniente para que rija sus relaciones patrimoniales, antes de la celebración del matrimonio, du-

---

<sup>5</sup> DE CASTRO Y BRAVO ya defendió la teoría de los negocios jurídicos de Derecho de familia como categoría autónoma del negocio jurídico: “Tan sólo para recordar lo peculiar de su causa se citan ahora los negocios del Derecho de familia. Es evidente la especialidad de las titularidades que originan en el ámbito personal y familiar, y no puede desconocerse el carácter diferenciado de las atribuciones patrimoniales derivadas del Derecho de familia; unas implícitas como las resultantes del matrimonio, otras expresas como en la adopción; todo ello aparte del significado especial de los negocios de contenido patrimonial, en los que se tiene en cuenta su significado familiar”; *El negocio...cit.*, p. 275. Por su parte, L. Díez-PICAZO, ha defendido igualmente la teoría positiva del negocio jurídico familiar, en “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *Rev. Gen. LJ*, 771, 780, 1962. *Cf.* I. ARANA DE LA FUENTE, “Concepto y función social del matrimonio”, en *Derecho de Familia*, (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ G.), Tomson Reuters, Ciztur Menor, 2012, p. 233.

<sup>6</sup> *Id.*, para un detallado estudio sobre la autonomía privada de los cónyuges, en este caso centrada en las relaciones personales, A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales entre los cónyuges*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2000, pp. 49-71.

<sup>7</sup> En “Comentario del art. 1255 del CC”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 430 y 431.

<sup>8</sup> Así, A. ROMÁN GARCÍA, quien señala que las reformas efectuadas por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer el matrimonio, y por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, supusieron una importante variación en estos planteamientos generales, aunque referidos más concretamente a los derechos personales de los cónyuges, pero sin duda se alejan abiertamente del criterio establecido por el referido principio sistemático de interés superior de la familia, tal como se mantuvo hasta el presente, pudiendo dudarse actualmente de su propia pervivencia; en una nueva orientación de las relaciones familiares que se cimienta en los derechos individuales de los cónyuges o consortes y en el relativismo y la esencial transitoriedad de la propia existencia de los vínculos personales y patrimoniales del grupo familiar; en “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos”, en *@LaLey* 13416/2009.

<sup>9</sup> *Id.* X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, “Comentario del art. 1315 del CC”, en *Código Civil, Comentado y con Jurisprudencia*, Wolters Kluwer, 8<sup>a</sup> Ed., 2016, pp. 1410-1412.

rante la vigencia del mismo o, incluso, inmersos ya en una crisis conyugal. En este sentido, ROCA TRÍAS<sup>10</sup> reconoce que el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de los negocios jurídicos familiares ha estado formulado en el Derecho español habitualmente en función de las capitulaciones matrimoniales.

8. De esta manera, nuestro ordenamiento no ignora la realidad de los efectos económicos del matrimonio, permitiendo a los cónyuges, mediante el instrumento de la autonomía privada, apartarse del régimen dispuesto por el legislador e incluso crear un régimen *ex novo*; pero sin que pueda prescindirse de un soporte normativo mínimo que configure la economía matrimonial, pues es doctrina pacífica que no existe matrimonio sin el correspondiente régimen económico<sup>11</sup>. Y así ha sido secundado reiteradamente por la jurisprudencia que, en resoluciones como la STS de 18 de junio de 2012<sup>12</sup>, dispone: “Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía”.

9. El Derecho español consagra así la llamada libertad capitular, que no es sino una aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito familiar. Una libertad cuyo origen en el ordenamiento español se remonta a la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio<sup>13</sup>, en conexión con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil<sup>14</sup>, que instauró este poder de autodeterminación capitular, junto con la mutabilidad e igualdad conyugal<sup>15</sup>. Hoy parece razonable y equitativo, a la luz de los principios constitucionales que consagran la equidad entre cónyuges y considerando el matrimonio como un acto perteneciente a la esfera privada de las personas, que el sistema sea convencional o contractual y los regímenes legales meramente dispositivos<sup>16</sup>. Y sin que esa libertad capitular permita extenderse, como decíamos, al extremo de acordar prescindir de cualquier regulación económica matrimonial.

10. En virtud de la libertad capitular, regulada en los artículos 1315 y 1325 CC, puede cada unión matrimonial, dentro de los límites generales fijados para la autonomía privada y de otros más específicos señalados para el Derecho de Familia (art. 1328 CC), diseñar a medida la economía de su matrimonio y los efectos patrimoniales en virtud del mismo. Así, los contrayentes o los ya cónyuges, pueden convenir uno de los regímenes previstos por la Ley (común o foral) o uno atípico que ellos mismos diseñen libremente a su antojo, al amparo de la autonomía concedida por ley y siempre respetando los límites previstos por el Ordenamiento Jurídico. No será necesario, como veremos, que las capitulaciones contengan su contenido típico; sino que pueden englobar situaciones jurídicas de muy variada índole, constituyendo un propicio escenario para el despliegue de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, cada vez más amplia y amparada tanto legal como jurisprudencialmente<sup>17</sup>, dando cabida así a la inclu-

<sup>10</sup> *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de crisis*, en *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*, J.M. ABRIL CAMPOY y M.E. AMAT I LLARI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2113.

<sup>11</sup> *Vid.*, por todos, V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA TRÍAS (coord.), *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 195. La jurisprudencia confirma en reiterados pronunciamientos la necesidad de existencia de un régimen económico matrimonial: “en territorio sujeto al Derecho común, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen legal y presunto de gananciales, salvo que prueben que lo están bajo otro régimen económico matrimonial”, STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1333).

<sup>12</sup> RJ 2012/6853.

<sup>13</sup> BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

<sup>14</sup> BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<sup>15</sup> *Vid.*, por todos, M.A. PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad y el Derecho de familia”, en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), V. I, Wolters Kluwer, 2012, p. 172.

<sup>16</sup> C. CUADRADO PÉREZ, “El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, *Tratado de Derecho de Familia*, V. 3.1, V. 3, *Los regímenes económicos matrimoniales* (I), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 82.

<sup>17</sup> Así, la STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005/4282), afirmaba: “El art.1325 CC, así como el 1315, vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, diseñar una situación jurídica distinta”.

sión de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, tal y como expondremos a lo largo de este trabajo. Y es que en un contexto social y jurídico donde la autonomía de la voluntad en el matrimonio ha alcanzado cuotas tan elevadas, se plantea incluso si podrían admitirse capitulaciones que no abordasen cuestión alguna relativa al régimen económico matrimonial o éstas quedarían desnaturalizadas<sup>18</sup>.

11. En definitiva, la mutabilidad de los capítulos matrimoniales, la libertad de pactos que organicen o modifiquen la economía del matrimonio, así como la permisividad de la contratación entre cónyuges, constituyen los pilares de la autonomía de la voluntad en la esfera familiar del Derecho civil patrimonial, con sujeción a las limitaciones propias de su funcionamiento. Junto a ellos se situarán los principios sistemáticos de igualdad entre los cónyuges, de actuación en régimen de paridad y de solidaridad en la gestión, administración y disposición de sus patrimonios; y las normas de régimen económico matrimonial primario contenidas en los arts. 1318 y ss. del Código Civil, que funcionarán como una garantía aplicada a los bienes más fundamentales existentes en la economía familiar<sup>19</sup>.

## 2. Margen europeo a la autonomía privada en el Reglamento 1103/2016

12. El 24 de junio de 2016, con el fin de facilitar las relaciones patrimoniales de las parejas transfronterizas, casadas o no, hasta entonces expuestas a situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica ante su ruptura, el Consejo de Europa adoptó mediante cooperación reforzada el Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de regímenes económicos matrimoniales (Reglamento UE 2016/1103)<sup>20</sup> y el Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento UE 2016/1104)<sup>21</sup>. Partiéndose de que el Reglamento (UE) 2016/1103 (en adelante, RREM), objeto de nuestro estudio (en el que excluimos a las parejas no casadas), no afecta al derecho sustantivo de los Estados miembros sobre los regímenes económicos matrimoniales; ambas normas son instrumentos de Derecho Internacional Privado, a través de los cuales la UE pretende establecer un marco legal inequívoco y uniforme sobre la materia<sup>22</sup>.

13. La autonomía privada de las partes, que aparece como la principal de las conexiones en el ámbito de la ley aplicable, aporta enormes ventajas, tal y como destaca VINAIXA MIQUE<sup>23</sup>, particularmente en los procedimientos sobre la liquidación del régimen matrimonial como resultado de una crisis, una ruptura o la muerte de uno de sus miembros. La autora destaca que el principal problema con el que nos habíamos encontrado hasta entonces era que los diferentes Reglamentos de la UE no contenían normas uniformes sobre la autonomía de la voluntad conflictual. Y ello, a pesar de que este principio de autonomía privada se habría ido extendiendo en los últimos años del ámbito de la contratación internacional exclusivamente a otros ámbitos materiales en el seno de la UE, en los que el legislador no había considerado tradicionalmente que su aplicación fuese apropiada, como sucedía en materia de familia y sucesiones<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO y N. RAGA SASTRE, “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”, *Tratado de Derecho de la Familia*, V. 3, Thomson-Aranzadi, 2011, p. 462.

<sup>19</sup> Así, A. ROMÁN GARCÍA, “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales...*cit.*”

<sup>20</sup> DOUE núm. 183 de 08 de Julio de 2016, pp. 1-29.

<sup>21</sup> DOUE núm. 183 de 08 de Julio de 2016, pp. 30-56.

<sup>22</sup> Como señala la doctrina, “los esfuerzos de las instituciones de la UE en materia de Derecho de familia se han dirigido, más que a una unificación de sus normas sustantivas, a la creación de un marco uniforme de normas conflictuales dirigidas a resolver aquellas cuestiones de familia que tengan repercusión transfronteriza”; así A. LÓPEZ AZCONA, “La europeización del derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, N° 8, 2018, pp. 493 y ss.

<sup>23</sup> Así en “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)” en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, @INDRET, 2017, p. 275.

<sup>24</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado” en *VVAA, Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo I, Universidad de

14. En el marco del derecho internacional, la autonomía de la voluntad de las partes se presenta como un criterio flexible que permite a los particulares resolver sus disputas atendiendo a sus propios intereses, aportando seguridad jurídica y certeza a las relaciones con elementos transnacionales y favoreciendo así la libre circulación de las personas en el seno de la UE<sup>25</sup>. En este sentido, NAGY<sup>26</sup> señalaba elocuentemente que la autonomía de la voluntad es una panacea universal en el sector del derecho aplicable, pues además de conllevar seguridad jurídica conduce a la presunción de que la ley libremente elegida por las partes será la apropiada, pues sería la que mayor vinculación tiene con el supuesto y la situación personal de las partes.

15. Así, la autonomía de la voluntad es esencial en los contratos o acuerdos matrimoniales, pues si las partes no pueden elegir la ley aplicable al contrato, correrían el riesgo de que su contrato resultase nulo o inaplicable de conformidad con la ley que finalmente, y si haberlo previsto, resultase de aplicación en el caso concreto. Y es que, los denominados pactos o capitulaciones matrimoniales a través de los cuales los cónyuges determinan su régimen económico matrimonial, han sido, desde una perspectiva internacional privatista, el ámbito clásico de admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional de familia<sup>27</sup>. Esto es, han sido expresión de la posibilidad dejada a los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

16. A mayor abundamiento, AÑOVEROS TERRADAS<sup>28</sup> destaca que el nuevo contexto social y jurídico en el que debemos enmarcar el estudio actual de los capítulos matrimoniales está marcado por una clara tendencia, no solo en Derecho material sino en el Derecho Internacional Privado, dirigida a ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia como expresión de ciertos valores imperantes en la actual sociedad globalizada, tales como la igualdad jurídica entre cónyuges, el *favor divortii* y el libre desarrollo de la personalidad<sup>29</sup>. Debiendo tener en cuenta que, en el ámbito europeo, a esta lógica del derecho de familia sustantivo, se le une además la lógica de la integración; considerando que el legislador comunitario ha querido incorporar la autonomía de la voluntad como principio rector de las normas uniformes tanto de competencia judicial internacional como de Derecho aplicable en material de familia.

17. Centrándonos, pues, en el ámbito de los regímenes económicos matrimoniales, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra ampliamente reconocida en la mayoría de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto a nivel material como conflictual, aunque, tal y como señala VINAIXA MIQUE<sup>30</sup>, la regulación es muy heterogénea en ambos ámbitos del derecho. Las relaciones patrimoniales quedarían gobernadas por los acuerdos que los contrayentes o los cónyuges hayan concluido entre ellos en capitulaciones o acuerdos patrimoniales, lo que se conocería como autonomía material, dejando a salvo el denominado régimen primario, límite a esa autonomía de la voluntad material. A falta de pacto o acuerdo entre las partes, tales relaciones se regirán por el régimen que subsidiariamente establezca la

---

Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 138-139; B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia” en J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS FARRÉ, (Eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 131.

<sup>25</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad...cit., p. 128.

<sup>26</sup> *Vid.* “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. X, 2010, pp. 523-524.

<sup>27</sup> *Vid.*, entre otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2001; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

<sup>28</sup> *Vid.* “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”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XVII, 2017, pp. 822-823.

<sup>29</sup> E. ROCA TRÍAS, *Libertad y familia* (Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías), Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012.

<sup>30</sup> “La autonomía de la voluntad...cit., p. 289.

ley. Por otra parte, en la mayoría de Estados miembros de la UE las normas de conflicto sobre la materia también recogen la autonomía de la voluntad de las partes entre sus puntos de conexión, de modo que los cónyuges o los futuros esposos pueden elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, en base a la conocida como autonomía conflictual. Dicha autonomía no aparecía como principal punto de conexión en todas las normas de conflicto de Derecho internacional privado autónomo sobre la materia, hasta que esa solución se recogió en el RREM. Por tanto, en defecto de elección de ley por las partes, los regímenes económicos matrimoniales se regirán por la ley designada a través de una serie de conexiones objetivas previstas en el Reglamento.

**18.** Así las cosas, la gran novedad que ha aportado el RREM viene a extender el reconocimiento a la autonomía privada de las partes al ofrecer al matrimonio la posibilidad de regular sus relaciones patrimoniales aplicando una legislación distinta a la de su nacionalidad. Y es que constituye uno de sus principios inspiradores el de coincidencia *forum-iuris* por voluntad de las partes (artículos 7 y 8 del Reglamento), en base al cual se permite que el tribunal competente aplique la *Lex Fori* para resolver la cuestión de régimen económico matrimonial, si las partes así lo deciden. Ello se logra al facultar a los cónyuges para que elijan como tribunales competentes los del Estado cuya Ley es la aplicable para regir sus relaciones patrimoniales.

**19.** Así, los cónyuges podrán libremente elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de la ley de residencia habitual común o de uno de ellos, en el momento de la elección, o de la ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes en el momento de la elección (art. 22 RREM). A tal efecto, el Considerando 45 del RREM establece: “Para facilitar a los cónyuges la administración de su patrimonio, el presente RREM debe autorizarles a elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes, entre las leyes con las que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad. Esta elección se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio”. Del mismo modo la pareja puede celebrar un acuerdo prematrimonial de elección de ley, puesto que el pacto de designación de Derecho aplicable al régimen económico matrimonial puede hacerse antes del matrimonio (acuerdo prematrimonial), en el momento de la celebración del mismo o durante el matrimonio<sup>31</sup>.

**20.** Por tanto, el RREM permite a los contrayentes o a los cónyuges elegir, siempre que el caso presente elementos extranjeros (por estar formada por miembros de distinta nacionalidad, o con distintas residencias habituales, y/o con bienes de diferentes Estados, etc.)<sup>32</sup>, la Ley reguladora de su régimen económico, en aras de, como indica la propia norma, “aumentar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes”. Ello podría evitar ulteriores problemas de inseguridad jurídica si las partes

<sup>31</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 2ª Ed., Murcia, 2020, p. 252 y 256; donde se expone el siguiente Caso respecto a la *Ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de ley*: “Una pareja de ciudadanos españoles se conocen por Internet y deciden contraer matrimonio en Italia. El marido reside en Francia y la esposa reside en España. Meses más tarde, los cónyuges ponen fin a su relación matrimonial. Solución: la ley aplicable al régimen económico matrimonial de la pareja se fija con arreglo a la segunda conexión del art. 26. Es aplicable la Ley de la nacionalidad común en el momento de la interposición de la demanda: Ley española”.

<sup>32</sup> Así, la repercusión transfronteriza del matrimonio “se verificaría cuando estuviesen vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularlas”; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 11, Nº 1, 2019, pp. 8-50.; y en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea: comentarios a Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (dir.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 27-19; donde señala que para verificar la repercusión transfronteriza de los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada cabe considerar dos circunstancias: por una parte, que los propios elementos del matrimonio o de la unión registrada fueran de naturaleza transfronteriza, en cuyo caso sus consecuencias patrimoniales también lo serían; y, por otra parte que, que hallándose todos los elementos del matrimonio o de la unión registrada únicamente vinculados con un ordenamiento estatal, fuesen sus efectos patrimoniales los que tuvieran repercusión transfronteriza. *Cft.* A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 a los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura matrimonial”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, V. 21, 2019, p. 110.

empleasen ese amplio margen de autonomía para pactar coherentemente la elección de ley aplicable, ajustándose a tu situación particular y a lo que más convenga a sus propios intereses.

21. No obstante, este objetivo claramente facilitador que se propuso el legislador comunitario con la aprobación de los Reglamentos colisiona con la gran complejidad del sistema creado en el seno de la Unión Europea, debido a la existencia de una gran pluralidad de instrumentos que regulan materias diferentes, pero estrechamente vinculadas entre sí, aportando soluciones divergentes y específicas para cada uno de los ámbitos que regulan. AÑOVEROS TERRADAS<sup>33</sup> advierte de que uno de los retos actuales en el ámbito de la cooperación judicial civil es dar coherencia a ese sistema normativo, fundamentada en la búsqueda de unos principios y objetivos comunes que permitan configurar un verdadero sistema, construido principalmente sobre la base de las calificaciones autónomas que son propias de los reglamentos comunitarios. La deseada unificación peligraría por el uso de definiciones muy amplias que dan cabida a diferentes concepciones nacionales, encontrándonos con un buen ejemplo de la complejidad del sistema, el juego de los distintos elementos comunitarios y la necesaria coordinación entre ellos, en la calificación de los pactos y capitulaciones matrimoniales.

## I. Delimitación de capitulaciones matrimoniales

### 1. Aproximación a las capitulaciones en el Derecho nacional

22. O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>34</sup> define las capitulaciones como el negocio jurídico bilateral por el que los cónyuges determinan el régimen económico de su matrimonio y otras disposiciones. Por tanto, tienen naturaleza contractual y, tal y como hemos adelantado, podrán formalizarse antes del matrimonio, con lo que estaríamos hablando de futuros cónyuges aún, o una vez comenzado el mismo y siempre antes de su finalización, de conformidad con lo establecido en el artículo 1326 CC.

23. Efectivamente, en capitulaciones matrimoniales los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial. Pero la autonomía de la voluntad imperante en este ámbito excede del contenido típico de las capitulaciones, relativo a la determinación del régimen matrimonial, y permite que los otorgantes convengan “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo<sup>35</sup>”, al amparo del artículo 1325 CC, reconociendo de este modo el contenido típico y atípico de las capitulaciones matrimoniales<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vid. “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 824.

<sup>34</sup> “Comentario del art. 1325 del CC”, en *Código Civil...cit.*, p. 1373.

<sup>35</sup> M. FIGUEROA TORRES, recoge que la introducción de la frase “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” planteó la discusión sobre si esa referencia a “mismo” se hacía respecto a “régimen económico” o a “matrimonio”, defendiendo la interpretación favorable a que la referencia es al matrimonio. A partir de dicha premisa, considera que tales disposiciones pueden abarcar todos los pactos que los cónyuges o futuros cónyuges consideren pertinentes, sujetos a los límites que el propio Código impone al contrato capitular. En *Autonomía de la voluntad, ...cit.*, p. 180.

<sup>36</sup> Vid. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, “Comentario del art. 1325 del CC”, en *Código Civil...cit.*, pp. 1424-1425. Respecto a la naturaleza contractual de las capitulaciones, la ya mencionada STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6853), dispone: “Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia, porque sin matrimonio, las capitulaciones no tienen sentido. Y ello, porque los negocios jurídicos de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa, en el sentido del art. 1261 CC, aunque las capitulaciones deban considerarse como contratos, como lo demuestra el art. 1335 CC. El principal pacto capitular lo constituye, según el art. 1325 CC, la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio. La modificación, o sustitución del régimen es el objeto y la causa de las capitulaciones, por lo que, si falta, de acuerdo con el art. 1325 CC, faltará a su vez el objeto y la causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido completo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse

24. Así, el contenido típico de las capitulaciones es la determinación del régimen económico matrimonial, que podrá ser uno de los tres previstos por el Código Civil (gananciales, separación de bienes y participación), por los derechos forales españoles, o configurado por los propios contratantes. Recordemos que el Código Civil común prevé que el régimen económico-matrimonial del matrimonio será: en primer lugar, y en base al principio de autonomía de la voluntad, el pactado en capitulaciones; en segundo lugar y a falta de pacto expreso, el régimen de gananciales rige como régimen legal supletorio; en tercer lugar, como régimen supletorio de segundo grado, el de separación de bienes. También podrán elegir uno de los regímenes legales previstos, pero introduciéndole modificaciones (incluso el presunto por defecto), o configurar uno propio.

25. El contenido atípico, o no necesario, por otra parte, podría contener: a) atribuciones patrimoniales no modificativas del régimen económico, entre las que podrían incluirse donaciones *propter nuptias* entre los futuros cónyuges (arts. 1336 y ss. CC) o las realizadas por terceros, promesas de mejorar (art. 826 CC), mejoras irrevocables (art. 827 CC), la delegación de la facultad de distribuir y mejorar a que se refiere el artículo 831 CC, pactos sucesorios permitidos por las leyes, etc.; b) negocios jurídicos de familia no patrimoniales, como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial; c) en general, todos los actos y negocios que pueden y deben constar en escritura pública, como un negocio constitutivo de un derecho real (una hipoteca, por ejemplo)<sup>37</sup>.

26. El artículo 1325 CC permite concluir así que no es necesario ni indispensable para la validez de los capítulos que éstos contengan su contenido típico. Por tanto, como adelantábamos, las capitulaciones pueden englobar situaciones jurídicas de muy variada índole, insistiendo la doctrina en que éstas “son algo más que el régimen económico del matrimonio”. No obstante, nos planteamos hasta qué punto el contenido atípico podría prescindir por completo de cualquier cuestión de ordenación económica del matrimonio para recoger acuerdos relacionados con la esfera más personal de los cónyuges<sup>38</sup>. Habida cuenta de que en la actual configuración de las relaciones familiares la autonomía de la voluntad va desplazando progresivamente a las normas prohibitivas de orden público<sup>39</sup>, y de que las últimas reformas en materia de derecho familiar relativas a la separación y divorcio privaron en nuestro ordenamiento jurídico de carácter coercitivo a los deberes conyugales<sup>40</sup>, no vemos inconveniente en que los cónyuges puedan incluir, sobre todo, pactos patrimoniales relacionados con sus relaciones más personales, sin que ello tenga que desvirtuar el carácter institucional de los capítulos.

---

la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico del matrimonial”.

<sup>37</sup> Clasificación realizada por AINHOA GUTIÉRREZ, referenciada en A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tratado de Derecho de Familia*, T. II, Lex Nova, 2009, p. 46.

<sup>38</sup> M<sup>a</sup> A. PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad...*cit.*”, p.160.

<sup>39</sup> *Vid.* A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía... cit.*, p. 281; A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...cit.*, p. 27.

<sup>40</sup> En este sentido, BARRIO GALLARDO se hace eco del peligro de convertir las capitulaciones en un “cajón de sastre” de la autonomía de la voluntad conyugal, en una suerte de libro de familia contractual donde se detallan al milímetro todos los aspectos de la vida conyugal, opinando que muchas de estas obligaciones de carácter personal no darán lugar a una indemnización por incumplimiento contractual cuando la opción del legislador ha sido suprimir las causas que culpabilizaban el divorcio y dejar la opción de una libre extinción del vínculo matrimonial. El autor cuestiona la paradoja de que, expulsado el divorcio como decisión de policía jurídica tras la Ley 15/2005, pudiesen ampararse en la autonomía privada para recuperarlo por la puerta trasera e incorporar así el reproche culpabilístico para valorar y reprobar la conducta conyugal durante el matrimonio; y concluye negando que en un sistema de divorcio libre pueda admitirse la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales. Así lo expone en sus reflexiones sobre matrimonio y responsabilidad civil en *Autonomía Privada y matrimonio*, Reus, 2016, pp. 68-78. *Vid.* en el mismo sentido, M. MARTÍN CASALS y J. RIBOT, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, 2011, p. 446. Interesantísima y necesaria cuestión a debatir, estudiada en profundidad por autores imprescindibles en la materia como E. LLAMAS POMBO, *cf.* “Responsabilidad civil y derecho de familia”, en *Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, 2010, que merece el protagonismo de otro trabajo.

## 2. Capitulaciones en derecho comparado europeo

27. Como decíamos, suscribiendo a AÑOVEROS TERRADAS<sup>41</sup>, los denominados pactos o capitulaciones matrimoniales a través de los cuales los cónyuges determinan su régimen económico matrimonial, han sido, desde una perspectiva internacional privatista, el ámbito clásico de admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional de familia; esto es, expresión de la posibilidad dada a los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Ámbito de autonomía privada que se ha visto sustancialmente reforzado y ampliado a través de la adopción, mediante el mecanismo de cooperación reforzada, del RREM.

28. El concepto de “pactos o capitulaciones matrimoniales”, también conocidos como “contratos de matrimonio”, presenta una gran complejidad tanto desde una perspectiva sustantiva como conflictual, ya que engloba distintas realidades con finalidades divergentes cuya calificación será imprescindible para determinar las normas de Derecho internacional privado aplicables tanto dentro del bloque normativo europeo de referencia como dentro del Derecho autónomo de cada Estado.

29. En efecto, la autora citada señala que desde una perspectiva sustantiva las capitulaciones matrimoniales han sido ampliamente admitidas y reguladas por los distintos ordenamientos jurídicos europeos en la medida en que, a través de las mismas, los cónyuges establecen las reglas relativas a su régimen económico matrimonial (estipulándolo, modificándolo o sustituyéndolo). En este sentido, en la mayoría de ordenamientos jurídicos de tradición civilista<sup>42</sup> suele distinguirse dentro del concepto “régimen económico matrimonial” un régimen primario y otro secundario. El primero, abarcaría derechos y deberes generales de los cónyuges, con contenido de carácter eminentemente patrimonial e indisponible para los mismos por su naturaleza imperativa; y que suponen un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes, pues no admiten pacto en contrario<sup>43</sup>. Mientras que el régimen económico matrimonial secundario, por su parte, incluye una doble tipología, la pactada y la legal; siendo la primera de ellas la que ahora nos interesa, pues abarca el régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges, el elegido a través de las capitulaciones o pactos matrimoniales, a través de los cuales los esposos o futuros contrayentes se apartan del régimen legal<sup>44</sup>.

30. Pues bien, en el marco de los denominados regímenes económicos matrimoniales secundarios pactados, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones las partes nada pactan sobre sus relaciones económicas una vez contraído matrimonio, se deberá tener en cuenta la realidad de los regímenes matrimoniales secundarios legales, sobre los que existe una enorme diversidad entre los Estados miembro de la Unión Europea, a pesar de poder ser agrupados, como identifica QUINZÁ REDONDO<sup>45</sup>, en tres grandes grupos: comunitarios, de participación y de separación. Habrá que tener en cuenta aquí la existencia de

<sup>41</sup> *Vid.* “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 822.

<sup>42</sup> A grandes rasgos, podríamos incluir entre los sistemas de derecho civil todos los de los Estados miembros de la Unión Europea, menos Irlanda; ya que Reino Unido está actualmente fuera de la Unión (de la que salió el 31 de enero de 2020).

<sup>43</sup> *Vid.* Un análisis de derecho comparado de las normas que conforman el Régimen económico matrimonial en los ordenamientos de tradición civilista de la UE en P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico...cit.*, pp. 45-47.

<sup>44</sup> P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico...cit.*, pp. 26-27 y p. 43.

<sup>45</sup> Quien señala que “los regímenes legales, supletorios a lo dispuesto por las partes, son susceptibles de incardinarse en tres grandes grupos que coexisten en los distintos Estados miembro de la Unión Europea: a) En primer lugar, los regímenes económico matrimoniales de tipo comunitario, en los que desde la celebración del matrimonio se forma una comunidad de bienes entre los cónyuges que se divide por partes iguales al tiempo de su disolución. b) Por otro lado, los regímenes de participación implican la separación de patrimonios, pero generan un derecho de participación en las ganancias o beneficios patrimoniales del otro cónyuge en el momento de su extinción. c) Finalmente se encuentran los regímenes de separación, que a semejanza de los de participación implican la separación en algunos Estados miembro, la opción de las partes no estriba únicamente en seleccionar entre uno u otro régimen económico matrimonial establecido por los distintos legisladores nacionales con carácter legal, o en modificarlo eventualmente. En otras palabras, su autonomía supera esta limitada opción y, así, los pactos o capitulaciones matrimoniales permiten, pactar sobre otros aspectos patrimoniales más allá del propio régimen económico matrimonial de patrimonios durante su vigencia, mas no generan derecho de participación alguno, sino a lo sumo, un derecho de compensación para el cónyuge que ha sufrido un desequilibrio patrimonial”, *Régimen económico...cit.*, pp. 26-27.

peculiaridades entre los distintos ordenamientos de la Unión Europea al compás de la existencia o no de regímenes legales diseñados por el legislador estatal. En algunos Estados miembros, la opción de las partes no se limita a seleccionar entre uno u otro régimen económico matrimonial establecido legalmente, o a modificarlo eventualmente; sino que su autonomía es más amplia y los pactos o capitulaciones matrimoniales les permiten pactar sobre otros aspectos patrimoniales más allá del propio régimen económico matrimonial.

**31.** Así, en Europa, junto a esta concepción de las capitulaciones matrimoniales orientadas a una finalidad claramente matrimonial, otros ordenamientos, como el alemán o, dentro del panorama foral español, el catalán, los conciben de una forma mucho más amplia, dando cabida a pactos de muy diversa índole y de contenido distinto a la determinación del régimen económico matrimonial. Así, el Libro II del Código Civil de Cataluña, dedicado a la persona y la familia<sup>46</sup>, establece en su artículo 231-19 el contenido de los capítulos matrimoniales señalando que en ellos “se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”; dedicando el siguiente artículo, de forma mucho más amplia, a regular los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Otro ejemplo, Reino Unido, que ha formado parte de la Unión hasta enero de 2020, se ha caracterizado en este ámbito (salvo Escocia) por ser muy reactivo a la admisión de los pactos matrimoniales, fundamentalmente por el sistema previsto en estos ordenamientos del *common law* en el que tradicionalmente ha sido el Juez del divorcio quien ha distribuido las propiedades de los cónyuges y decidido sobre las consecuencias económicas de la disolución de una forma global<sup>47</sup>.

**32.** QUINZÁ REDONDO<sup>48</sup> aborda la diferencia entre los pactos o capitulaciones matrimoniales en los sistemas europeos de derecho civil y los acuerdos matrimoniales en el *common law* de Inglaterra y Gales. Así, mediante los primeros, se elige un concreto régimen económico matrimonial o se modula el legal supletorio por lo que respecta a la composición, administración o distribución del patrimonio, y se centran en la función del régimen durante el matrimonio, sin perjuicio de que su contenido resulte especialmente relevante al tiempo de la disolución del matrimonio para determinar qué bienes corresponden a cada cónyuge, pero regulan las consecuencias patrimoniales desde el mismo momento del matrimonio o de la consecución del pacto. En cambio, los acuerdos matrimoniales de Inglaterra y Gales están centrados en las consecuencias financieras de la disolución del vínculo matrimonial, siendo esta circunstancia la que producirá su activación.

**33.** Este panorama europeo al que nos enfrentamos denota la imperiosa necesidad de delimitar claramente el ámbito de aplicación, sobretodo material, del Reglamento respecto a los diferentes pactos matrimoniales. El RREM define someramente las capitulaciones, en su Considerando 48, al señalar que “Las capitulaciones matrimoniales son un tipo de disposición sobre el patrimonio matrimonial cuya admisibilidad y aceptación varía entre los Estados miembros”. Además, incluye una definición autónoma de capitulaciones matrimoniales en su artículo 3, entendiéndose por tales, a efectos del Reglamento, “el acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”. Previo a este concepto, en primer lugar, se encuentra la definición de régimen económico matrimonial, definido de forma autónoma como el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. El RREM establece así, con las primeras definiciones de este precepto, una vinculación directa entre los pactos y el régimen económico matrimonial<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Publicado en DOGC núm. 5686, de 05/08/2010 y BOE núm. 203, de 21/08/2010.

<sup>47</sup> AÑOVEROS TERRADAS apunta que fue a partir de la famosa sentencia del Tribunal Supremo británico en el asunto *Radmacher y Granatino* cuando se les empezó a dar validez y eficacia, propiciando un proyecto de reforma que contempla su admisión. *Vid.* en “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 825 (N.P. 24).

<sup>48</sup> *Régimen económico...cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>49</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 826.

### 3. Validez de las capitulaciones y límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes

34. Cuando ROCA TRÍAS<sup>50</sup> reconoce que el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de los negocios jurídicos familiares ha estado formulado en el Derecho español habitualmente en función de las capitulaciones matrimoniales, advierte que la defensa de este principio de autonomía privada en sede conyugal no puede abstraerse de la existencia de límites legales tan trascendentales que ponen en duda el propio ámbito de la referida autonomía. Esta autora pone de manifiesto que en sede familiar habrá que tener en cuenta otros condicionantes específicos que van a constreñir el ámbito de autonomía de la voluntad, dado que existe un auténtico orden público familiar reconocido por nuestro ordenamiento, para el cual, el matrimonio es algo más que un contrato, es una institución bifronte, con una fuerte proyección pública por cuanto es fuente de un estado civil y a la vez con otra proyección privada, por cuanto es fuente de un modelo de convivencia y solidaridad.

35. Las limitaciones que menciona *in fine* el artículo 1315 CC son a las que hace referencia el artículo 1328 CC, relativas no sólo al régimen económico matrimonial sino también al contenido atípico, a cualquier pacto que se incluya en las capitulaciones; a saber: “será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”. La limitación afecta, por tanto, en primer lugar, a las leyes imperativas que definen el contenido propio del estado civil de casado. Tanto lo que se refiere a la constitución, con derechos y deberes (como los relativos a la patria potestad y a la tutela o al derecho de alimentos), y a las normas de régimen económico matrimonial primario (que impedirá la desatención de las necesidades básicas de la familia y que los cónyuges puedan exonerarse del levantamiento de las cargas ordinarias de la misma), como a los presupuestos de la disolución, se considera innegociable y de estricta observancia, por lo que el ámbito de autonomía de la voluntad aquí encuentra poca cabida.

36. En segundo lugar, la limitación afecta a un pacto contrario a las buenas costumbres, que en el ámbito patrimonial se manifestaría como una prohibición de vulnerar los poderes autónomos patrimoniales de cada cónyuge (como contravenir las capacidades de gestión, administración o disposición de alguno de los cónyuges en pactos que conlleven la exigencia de licencia de uno de ellos). Aunque la doctrina entiende que este límite, que entronca con las nociones de la moral y la ética social en sede matrimonial, se referiría más a las estipulaciones familiares y a los efectos personales del matrimonio que a los patrimoniales puros<sup>51</sup>. Así, un acuerdo contrario a las buenas costumbres podría ser también el de no convivir juntos o no guardarse del deber de fidelidad (deberes inherentes al matrimonio previstos en el artículo 68 del Código Civil), pactos que en todo caso están prohibidos, la atribución de bienes a cambio de una conducta prohibida, o el establecimiento de un régimen para encubrir situaciones ilícitas, por ejemplo.

37. Y, por último, el tercer límite a la libertad capitular lo constituye la igualdad de derechos entre cónyuges al amparo de la Constitución, por razón del sexo (artículo 14) y del propio matrimonio (art. 32), y del principio de igualdad entre cónyuges que proclama asimismo el artículo 66 del CC. PÉREZ MARTÍN<sup>52</sup> referencia que son fundamentalmente tres los supuestos que se han planteado: la estipulación de un régimen dotal que comprendiese bienes futuros, pues supondría la dejación por un cónyuge de todos los poderes económicos en manos del otro, poniendo en riesgo su autonomía personal; el pacto por el que se otorgase la administración de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges, resultando éste manifiesta e irrevocablemente aventajado en el reparto de poderes y beneficios respecto del otro;

<sup>50</sup> *Autonomía, crisis matrimoniales...cit.*, pp. 2107-2108.

<sup>51</sup> A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales...cit.*, p. 50.

<sup>52</sup> *Pactos prematrimoniales...cit.*, p. 51. En cambio, no habría inconveniente en pactar normas de administración y disposición de los bienes comunes (si se quiere, será como un régimen nuevo o en algo distinto al nombre dado) ya que su admisión está reconocida en el artículo 1375 CC: “En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”.

y el pacto por el que se faculta a uno solo de los cónyuges a disponer de los bienes comunes. A este último límite habría que añadir la actuación en interés de la familia, parte del contenido del artículo 67 del CC, como presupuesto del principio de solidaridad y colaboración entre los cónyuges; y atendiendo especialmente al interés superior de los hijos menores, en caso de que los hubiese. En este sentido, LUNA SERRANO<sup>53</sup> entiende que ese interés no sería propiamente el de la institución familiar, ni tampoco el de aquel grupo concreto comprendiendo a todos lo que se hallan unidos por vínculo de parentesco cercano o lejano, sino precisamente el del conjunto formado por los cónyuges y su descendencia inmediata.

**38.** Con respecto a este tercer límite, la STS de 30 de mayo de 2018<sup>54</sup> resuelve sobre la validez de un pacto prematrimonial notarial en el que los futuros cónyuges regularon ciertos aspectos de carácter económico, con incidencia exclusiva sobre ellos, para el caso de que se produjese una eventual separación, valorando si se había conculcado el principio de igualdad entre cónyuges<sup>55</sup>. En dicho acuerdo, los contrayentes estipularon que, en caso de divorcio, ninguno de ellos reclamaría al otro ni indemnización, ni pensión compensatoria alguna ni el uso del domicilio conyugal. El pronunciamiento analiza, por una parte, la existencia de un posible vicio del consentimiento por la esposa demandante (que alegaba falta de conocimiento sobre la trascendencia de lo efectuado e ignorancia de la lengua española, encontrándose en una situación de inferioridad) y, por otra, la contrariedad del contenido del pacto con el ordenamiento jurídico, debido a la posible lesividad del orden público y de la libertad, igualdad y dignidad de la parte más débil. La problemática planteada por esta sentencia incide, pues, tanto en el control sobre el proceso de formación del consentimiento como en el control sobre la adecuación del acuerdo al ordenamiento jurídico, que en principio se ubicarían en la fase de la celebración del acuerdo.

Dicho pacto en previsión de ruptura no constaba en capitulaciones matrimoniales (de estos acuerdos prematrimoniales nos ocuparemos más adelante), pero la resolución nos es de utilidad para atender a la valoración sobre la adecuación del acuerdo al principio de igualdad entre los cónyuges. En este sentido, el TS concluye que la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada cuando en su Fundamento de Derecho Séptimo determina: “De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz”. La sentencia acude a la STS de 24 de junio de 2015<sup>56</sup>, en el que ambas personas eran también instruidas y preparadas, como en el presente caso, y resalta que resulta de la sentencia que “solo si se parte de un estado de necesidad de uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio implica un importante desequilibrio puede considerarse

<sup>53</sup> Autor citado por A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía... cit.*, p. 97.

<sup>54</sup> RJ 2018/2358.

<sup>55</sup> *Cf.* STS de 24 de junio de 2015, sentencia núm. 392/2015 (RJ 2015/2657), en cuanto su doctrina es invocada como infringida por la esposa demandante y recurrente en Casación. Dicha resolución entiende que la posibilidad de estos pactos es aplicable a los territorios que se rigen por el Código Civil, diciendo: “En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en art. 25 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana (declarada inconstitucional por la Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016)”. Y concluye el Alto Tribunal: “De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución Española (CE) cuando establece la protección de la familia y de la infancia”. *Cf.* A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N° 109, 2019.

<sup>56</sup> RJ 2015/2657.

conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328<sup>57</sup>. En definitiva, la resolución señala que el pacto no atenta a la ley, la moral o al orden público ni causa perjuicio a terceros, puesto que se firmó con pleno conocimiento del mismo, y no se consideran sorprendivos los pactos que se firmen con suficiente antelación a la celebración del matrimonio.

A la vista de lo expuesto, la sentencia mencionada concibe la igualdad desde la perspectiva de ausencia de sumisión o de posición de superioridad, atendiendo a los artículos 14, 17 y 19 de la Constitución Española (en adelante, CE). Y es que, tras la Constitución de 1978, el principio de igualdad lleva consigo, con carácter general, la prohibición de normas que impliquen una limitación de la capacidad de uno de los cónyuges o una supremacía personal de uno de los cónyuges en detrimento del otro<sup>57</sup>. La validez de las capitulaciones exige una remisión, asimismo, a las reglas generales de los contratos, atendiendo al artículo 1335 CC<sup>58</sup> e interpretando esas limitaciones bajo el prisma de la especial función que cumplen estos pactos en el Derecho de Familia<sup>59</sup>.

**39.** Así sucede en el resto de Europa, donde los pactos o capitulaciones, aunque son un tipo de contrato especial enmarcado en el derecho de familia, están sujetos a las normas generales de las obligaciones contractuales. En virtud de ello, cuando el contenido del acuerdo matrimonial vulnera el orden público o las normas imperativas, e incluso cuando la ley exija una determinada forma *ad solemnitatem* que no se cumple, se producirá la nulidad del negocio jurídico. Del mismo modo, los vicios del consentimiento acarrearán la anulabilidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales como si de un contrato normal se tratara<sup>60</sup>.

Sin embargo, junto a este entramado normativo de base, en algunos de los Estados miembros de la UE se contienen normas especiales en materia de derecho de familia que permiten la intervención judicial respecto del contenido del acuerdo y que vienen a complementar las sanciones propias de la invalidez del régimen general contractual. Cada uno de los ordenamientos perteneciente a este grupo presenta particularidades por lo que respecta al carácter vinculante de los pactos o capitulaciones matrimoniales. QUINZÁ REDONDO<sup>61</sup> destaca los casos de Finlandia, donde un cónyuge puede solicitar la revisión del acuerdo matrimonial para que se ajuste la distribución de los bienes al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, debiendo el juez valorar si el mantenimiento del acuerdo produce un resultado injusto o si uno de los cónyuges recibe un beneficio económico desigual, teniendo en cuenta factores como la duración del matrimonio, la contribución de los cónyuges a las tareas del hogar y los bienes y recursos disponibles de ambos, pudiendo finalmente modificar o ajustar del acuerdo. En Alemania, por ejemplo, el juez puede examinar si una distribución inequitativa de las cargas emanada del contenido del acuerdo vulnera el “núcleo duro” que debe respetarse en todos los casos relacionados con las consecuencias del divorcio. Por otra parte, Lituania contiene una regulación detallada de casos en los que un contrato matrimonial es nulo de pleno derecho y, por tanto, apto para ser revisado judicialmente (destacando, entre otros, la violación grave del principio de igualdad entre los cónyuges, o el carácter desfavorable del contenido del acuerdo para uno de ellos); mientras que en Hungría, pese a que se aplican las reglas generales de los contratos, parece existir, en opinión de este autor, cierta protección en relación con la parte más débil de la relación jurídica, y también, por lo que respecta a los hijos comunes.

**40.** Por tanto, pese a que el contenido típico y común de los pactos o capitulaciones matrimoniales encuentra su razón de ser en la elección, diseño o modulación de un régimen económico matrimonial, lo cierto es que la expansión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia permi-

<sup>57</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Dykinson, Madrid, 2010, p. 141.

<sup>58</sup> Esta remisión a la teoría general de los contratos y la atención a que “las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe”, como advierte la Sentencia nº 461/2000 de AP Valencia de junio de 2000, obliga a acudir a los artículos 1303 y 1307 del Código Civil, dado que esa declaración de nulidad comporta obviamente la vuelta de las cosas a su estado anterior a través de la desaparición de todos los efectos producidos por el acto que se invalida.

<sup>59</sup> A. ROMÁN GARCÍA, “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales...*cit.*”

<sup>60</sup> P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico...cit.*, pp. 26-27, pp. 39-40.

<sup>61</sup> *Ibidem.*

te, en algunos Estados miembros, ampliar el contenido del pacto capitular a otro tipo de acuerdos sobre aspectos patrimoniales<sup>62</sup>; de este tipo de pactos nos ocuparemos a continuación. Teniendo en cuenta que esta creciente autonomía de la voluntad encuentra sus límites, en muchos de los Estados miembros de la Unión, no sólo en las normas generales sobre derecho de contratos, sino también en el control judicial respecto al contenido de dichos acuerdos.

#### 4. Su diferenciación con los pactos en previsión de crisis

41. Los acuerdos celebrados entre los cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplan las consecuencias de una posible ruptura familiar por separación o divorcio se vienen denominando, distinguiéndolos de las capitulaciones, “pactos en previsión de crisis conyugal”<sup>63</sup>; a cuyo estudio dedicamos otro apartado posteriormente. Sin más pretensión ahora, pues, que delimitarlos de las capitulaciones matrimoniales en sentido estricto, PINTO ANDRADE<sup>64</sup> consolida entre la doctrina la definición de estos pactos en los siguientes términos: “consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial”. Añadiendo a continuación que también podrían definirse como “aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”.

El pacto prenupcial, como también se denomina, es, en definitiva, un contrato cuya eficacia queda sometida a la condición de que en un momento posterior se produzca una crisis matrimonial, y tiene un carácter previsor de las consecuencias que se derivarán de dicha crisis<sup>65</sup>. No obstante, a pesar de admitirse que se puedan suscribir antes o después de contraer matrimonio (desnaturalizando así su denominación “prenupcial”), el pacto en previsión de ruptura posterior al matrimonio, pero previo a la crisis conyugal, puede conllevar que se cuestione su validez por posible vicio del consentimiento por parte de uno de los cónyuges; habrá que atender en ese caso a los límites generales de la autonomía de la voluntad y a los presupuestos de validez del consentimiento prestado por los cónyuges.

42. Autores como RODRÍGUEZ BENOT<sup>66</sup> diferencian, en síntesis, las capitulaciones matrimoniales de los acuerdos prematrimoniales (*prenuptial agreements* o *prenups*) en que, respecto a la finalidad, aquéllas regulan los efectos patrimoniales de la vida de la pareja en matrimonio mientras que los *prenups* se celebran en previsión de ruptura; desde el punto de vista temporal, las capitulaciones pueden concluirse antes o después de la celebración del matrimonio pero los *prenups* sólo podrían hacerse antes; respecto del contenido, las primeras sólo abordarían cuestiones patrimoniales, mientras que los segundos tendrían la flexibilidad de incluir cuestiones patrimoniales y personales; en lo que atañe a la forma, las capitulaciones suelen requerir para su validez un acto notarial, mientras que en los *prenups* impera la ausencia de formalismo excesivo; en cuanto a las fuentes, las primeras se someten al Derecho positivo y los segundos a la jurisprudencia en la mayoría de ordenamientos; finalmente, el autor señala que la modificación de una capitulación suele ser rígida y la de un acuerdo prenupcial flexible.

43. El cierre del artículo 1325 CC, al admitir como contenido de las capitulaciones matrimoniales, “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” justificaría, en nuestra opinión, la inclusión

<sup>62</sup> M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 24.

<sup>63</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, p. 442.

<sup>64</sup> *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 47-48.

<sup>65</sup> Así, J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, N<sup>o</sup> 81, julio 2008, p. 11.

<sup>66</sup> “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, p. 28.

de estos pactos como parte del contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales<sup>67</sup> (que pueden contener a su vez o no, como ya adelantamos, el contenido típico relativo a la determinación del régimen económico matrimonial); por tanto, cabría la celebración de estos pactos, igualmente a las capitulaciones en sentido estricto, antes o durante el matrimonio. Por otra parte, CAVANILLAS SÁNCHEZ<sup>68</sup> considera que esas otras estipulaciones relativas al matrimonio serán usualmente de carácter personal y familiar, pues “es admisible que los cónyuges se refieran en capitulaciones matrimoniales a cuestiones no patrimoniales, aunque no es infrecuente que consten en documento complementario”; asegurando que eso viabiliza el pacto entre quienes, antes o después de ser cónyuges, quieren establecer preventivamente un acuerdo “contemplando las consecuencias de la posible ruptura matrimonial es caso de la eventual separación o un posterior divorcio”.

44. Por ello, no habría problema en considerar, junto con FIGUEROA TORRES<sup>69</sup>, que el instrumento idóneo (aunque obviamente no sería el único) para recoger los pactos y acuerdos sobre cualquier aspecto de la relación matrimonial son las propias capitulaciones matrimoniales; dado que, si bien no es opinión unánime, la mayoría de la doctrina civilista española admite un concepto amplio de las mismas<sup>70</sup>. Y es que gran parte del contenido que se señala en capitulaciones matrimoniales puede coincidir con el previsto en un acuerdo prematrimonial y convertirse así en instrumentos homogéneos. No obstante, su admisión como parte de las capitulaciones no sería automática, habría que valorar en todo caso el contenido que cabe dentro del término capitulaciones matrimoniales de acuerdo al ordenamiento jurídico español, atendiendo fundamentalmente a tres límites de diferente naturaleza<sup>71</sup>: 1. Temporal (las previsiones recogidas en capitulaciones respecto a un futuro matrimonio quedarán sin efecto en el plazo de un año, en base al art. 1334 CC); 2. Formal (las capitulaciones deben constar en escritura pública, art. 1327 CC); 3. Material (las capitulaciones no pueden incluir estipulaciones que sean contrarias a las leyes, a las buenas costumbres o que limiten la igualdad de los cónyuges, art. 1328 CC).

45. Así pues, se admite que el contenido de las capitulaciones vaya más allá de lo relativo al régimen económico matrimonial, pudiendo versar tanto sobre aspectos patrimoniales como personales de los cónyuges (deberes conyugales, convivencia común, socorro mutuo), puesto que los efectos personales también son efectos del matrimonio; resultando especialmente comunes los acuerdos referentes a la liquidación del régimen económico matrimonial en la separación de bienes (modulando, en particular, la compensación por el trabajo para la casa) y los relativos a la pensión compensatoria o similar. En cualquier caso, como veremos más detalladamente, la autonomía de la voluntad en este ámbito se encuentra limitada a los casos en que se descuiden las necesidades básicas, materias que afecten a los hijos o en las que no se respete el interés superior del menor y casos que coloquen a uno de los cónyuges en una situación desproporcionada, resultando gravemente perjudicado uno de los cónyuges, pudiendo en estos supuestos intervenir la autoridad judicial correspondiente para modular el contenido del acuerdo o dejarlo sin efecto<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Así, M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 179.

<sup>68</sup> “Las Capitulaciones Matrimoniales”, en *Derecho de Familia*, G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (coord.), Thomson Reuters, 2012, p. 593.

<sup>69</sup> *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 183.

<sup>70</sup> Entre otros, y sin ánimo exhaustivo, A. CAVANILLAS SÁNCHEZ, “Comentario al art. 1325 del Código Civil”, en A. CAÑIZARES LAZO, P. DE PABLO CONTRERAS CRESPO, F.J. ORDUÑA MORENO, M.R. VALPUESTA MORENO (Dirs.), *Código Civil Comentado*, 2ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 837-838; J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...cit.”, p. 11; V. GULIARTE GUTIÉRREZ, C. GULIARTE MARTÍN-CALERO; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO; N. RAGA SASTRE, “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón del matrimonio”, en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, 2ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 493-495. En sentido contrario, *cft.* A.L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, en *Aranzadi Civil*, Nº 18, 2004, p. 2376.

<sup>71</sup> Así, I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 115-116.

<sup>72</sup> Sobre estos límites, Mª D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales...cit.*, p. 25; M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, pp. 195-212; C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales...cit.*, pp. 60-62; y, en Cataluña, L. ALLUEVA AZNAR, “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en *Indret*, Nº 1, 2013, p. 13. Y, en el

46. Como señala QUINZÁ REDONDO<sup>73</sup>, esta posibilidad, de arraigada tradición anglosajona, se encuentra prevista ya explícitamente en algunos Estados miembro de la Unión Europea, como Alemania<sup>74</sup> o, dentro de España, en ordenamientos forales como el catalán<sup>75</sup>. Si bien nuestra legislación civil común no contempla estos pactos, la polémica respecto a la validez y ejecución de este tipo de acuerdos quedó zanjada con la STS de 31 de marzo de 2011<sup>76</sup>, que los reconoció expresamente; extendiendo los límites de la autonomía de la voluntad al permitir un contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales más allá de la propia elección o modificación de un determinado régimen económico matrimonial, quedando incluidos aspectos que se refieran también a prever los efectos de una futura ruptura.

47. Dicha ampliación de los márgenes de autonomía de la voluntad en este ámbito va en consonancia con la realidad fáctica internacional, en la que cada vez es más común encontrar acuerdos prematrimoniales con elemento extranjero donde se prevén los efectos de una eventual ruptura y con su admisión vía jurisprudencial<sup>77</sup>. Prueba de la aceptación en aumento de estos pactos por parte de nuestros Tribunales es la citada STS sobre acuerdos prematrimoniales, de 30 mayo del 2018<sup>78</sup>, que resuelve sobre un acuerdo prematrimonial celebrado entre rusa y español, a propósito de una renuncia a la pensión compensatoria convenida en un pacto prematrimonial.

48. Aun así, no hay que olvidar que las capitulaciones matrimoniales es un negocio jurídico formal, exigiéndose legalmente la necesidad de que se formalice en escritura pública (art. 1327 CC). No obstante, esa rigidez formal, no es extensible, a la luz del ordenamiento jurídico español, sobre los acuerdos prematrimoniales, que solo tienen como objetivo hacer previsiones sobre una posible ruptura. ANTÓN JUÁREZ<sup>79</sup> señala que “dicho pacto se podría contener en un acuerdo privado y podría ser formalmente válido”. Es precisamente esa libertad de forma, y también de fondo, permitida en el Derecho civil español, la razón de que los acuerdos prematrimoniales sean negocios jurídicos cada vez más presentes en nuestros días; más aún si atendemos a la concepción actual del matrimonio, los matrimonios mixtos, los matrimonios deslocalizados, las segundas y sucesivas nupcias, el fácil acceso al divorcio, entre otras razones.

---

mismo sentido respecto a la inclusión de cuestiones personales en el contenido de las capitulaciones, I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, p. 117.

<sup>73</sup> *Régimen económico...cit.*, pp. 38-39.

<sup>74</sup> Art. 1408.2 y 1585.c) CC alemán.

<sup>75</sup> Previstos en el art. 231-20 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC catalán, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010). Y, a pesar de que es en Derecho civil catalán donde más se regula sobre esta materia, no obsta para que otros Derechos forales también recojan, de forma menos explícita, disposiciones a favor de los pactos entre los cónyuges, ya se realicen antes o después de la celebración del matrimonio. Así, *ad ex., vid.*: art. 185 del Real 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; los arts. 172 y 174 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. A mayor abundamiento, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 110-113.,

<sup>76</sup> RJ 2011/3137.

<sup>77</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, señala en este sentido que “Los matrimonios mixtos, los matrimonios deslocalizados, las segundas y sucesivas nupcias, la concepción actual del matrimonio y el fácil acceso al divorcio, entre otras, son las razones que dan lugar que cada vez sea más habitual que jueces, abogados y notarios tengan que revisar o asesorar sobre este tipo de pactos”, en “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, N° 1, 2019, p. 83. *Cf.* M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, “Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura en nuestro derecho actual. A propósito de la Sentencia del TS de 24 de junio de 2015”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 229-230, quien reflexiona sobre que la novedad de los acuerdos prematrimoniales es más aparente que real señalando que en el ordenamiento jurídico español ha existido la tradición de que los futuros cónyuges puedan incluso antes de haber celebrado el matrimonio cambiar el régimen legal supletorio por otro que consideren más adecuado para ellos. *Vid.*, de esta misma autora, *Los acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 57-143 y “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018”, en *Diario La Ley* N° 9301, La Ley 13737/2018.

<sup>78</sup> RJ 2018/2358.

<sup>79</sup> “Acuerdos prematrimoniales en previsión...cit.”, p. 86.

## II. Regulación nacional y europea de la autonomía privada en las relaciones económicas pactadas en el matrimonio

### 1. Regulación nacional

#### A) Derecho común

49. Como adelantábamos, la libertad capitular, aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial, se enmarca en el Título III “Del régimen económico matrimonial”, y está consagrada en los artículos 1315 y 1325 CC. En virtud de la misma cada unión matrimonial puede, dentro de los límites generales fijados para la autonomía privada y de otros más específicos, señalados para el Derecho de Familia en el art. 1328 CC, diseñar a medida la economía de su matrimonio.

Así, el artículo 1315 CC proclama el principio de autonomía de la voluntad entre los cónyuges, disponiendo que el régimen económico matrimonial será el que pacten entre ellos. Los cónyuges, e incluso los futuros cónyuges vigente el matrimonio, pueden pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen que tengan por conveniente, que puede ser uno de los previstos por la ley, común o foral, o uno atípico que ellos mismos constituyan. De este precepto se deduce, como decíamos, que no existe matrimonio sin régimen matrimonial<sup>80</sup>.

50. A continuación, en el Capítulo II “De las capitulaciones matrimoniales”, integrado por los artículos 1325 a 1335, el Código Civil se ocupa de desarrollar la normativa de este negocio jurídico bilateral entre cónyuges. Por su parte, el artículo 1325 deja claro que no es necesario ni imprescindible que las capitulaciones contengan su contenido típico, dejando a la autonomía privada de las partes que las capitulaciones alberguen estipulaciones de carácter tanto económico como personal en razón del matrimonio y dando cabida de forma tácita, a nuestro entender, a la inclusión de pactos en previsión de crisis como parte del contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales.

Al respecto, la STS de 15 de junio de 2005<sup>81</sup>, determinó que el art. 1325, así como el 1315 del CC, “vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, diseñar una situación jurídica distinta”.

#### B) Derecho foral

51. Comenzando por el Derecho Foral que más tradición legal tiene reconocida a la autonomía de la voluntad en sede familiar; el Código Civil de Cataluña, en su Libro II, relativo a la Persona y la Familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), ya afirma en el artículo 231-10 que el régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos matrimoniales, como se denominan. La regulación de los capítulos se contiene en artículos 231-19 y siguientes, incluyéndose ya en este 231-19 *in fine* un reconocimiento legal explícito a los pactos en previsión de ruptura matrimonial, como apuesta clara por la ampliación de la autonomía negocial de los cónyuges o futuros cónyuges en la determinación del contenido de los capítulos matrimoniales<sup>82</sup>. Así, GINÉS CASTELLET afirma que con la entrada en vigor del Libro II del Código Civil Catalán, el legislador foral aprovechó para facilitar, en la medida de lo posible, la efectiva introducción de estos pactos en la praxis del panorama del Derecho de Familia regulando sus requisitos (subjetivos, objetivos, formales), sus efectos y sus límites.

<sup>80</sup> X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, “Comentario del art. 1315...*cit.*”, p. 1411.

<sup>81</sup> RJ 2005/4282.

<sup>82</sup> *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, pp. 101-118 y, con detalle, en *Pactos prematrimoniales*, Madrid, 2011; y N. GINÉS CASTELLET, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 727, 2011, pp. 2581.

52. A pesar de que es en el Derecho civil catalán donde más se regula sobre esta materia, no obsta que otros Derechos forales también recojan de forma menos explícita disposiciones a favor del reconocimiento a la autonomía privada entre los cónyuges, ya se realicen los pactos antes o después de la celebración del matrimonio. Entre ellos, el art. 185 del Real 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, señala que los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares mediante capitulaciones o cualquier otro tipo de pacto, bien antes o después de contraer matrimonio. En sentido similar al de la ley aragonesa, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia en su art. 172 establece que los cónyuges disponen de total libertad para pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación de la sociedad de gananciales con plenos efectos al disolverse la misma; cabría interpretarlo como una sutil admisión de los pactos en previsión de ruptura.

Por su parte, la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, modificado por la Ley 7/2017, de 3 de agosto), regula la aplicación de los capítulos en cada una de las Islas. Igualmente, se regulan las capitulaciones matrimoniales, con más o menos detalle, en la Ley de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo); y en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco.

Por último, mencionamos que el Título IV de la declarada inconstitucional Ley 10/2007, de 20 de marzo<sup>83</sup>, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial, regulaba con detalle la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales. El artículo 25 de la citada ley valenciana recogía hasta el posible contenido que las capitulaciones o pactos podrían tener, en este sentido: “se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio”.

## 1. Regulación Europea: las capitulaciones a la luz del Reglamento UE 1103/2016

### A) Autonomía de la voluntad y Ley aplicable a las capitulaciones

53. Sabemos que la autonomía de la voluntad es esencial en los acuerdos matrimoniales, más si cabe en aquellos con elementos transnacionales, ya que si las partes no pueden elegir la ley aplicable al contrato corren el riesgo de que el acuerdo resulte nulo o sea inaplicable de conformidad con la ley que finalmente resulte aplicable<sup>84</sup>.

Pues bien, en base a dicho principio de autonomía privada de las partes, la gran novedad del RREM es ofrecer al matrimonio la posibilidad de regular sus relaciones patrimoniales aplicando una legislación distinta a la de su nacionalidad, permitiendo a los futuros contrayentes o al matrimonio elegir, siempre que el caso presente elementos extranjeros, la Ley reguladora de su régimen económico. En este sentido, el artículo 22 del RREM permite que el régimen económico matrimonial se rija por la Ley elegida por los cónyuges, pudiendo éstos optar entre la Ley de residencia habitual común o de uno de ellos, en el momento de la elección, o la Ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes en el momento de la elección. Así, la voluntad de los cónyuges puede manifestarse en este ámbito tanto para elegir entre los distintos regímenes legales secundarios previstos en un sistema o para diseñar un régimen *ad hoc* en aquello no prohibido por las normas imperativas del régimen legal primario; como para, en el plano internacional, determinar la competencia de autoridades y/o el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, declarándose inconstitucional por STC, Pleno, de 28 de abril de 2016.

<sup>84</sup> Así, C.I. NAGY, “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales...*cit.*”, p. 524.

<sup>85</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, pp. 27-28.

54. Estas pautas de elección de ley serán igualmente aplicables a las capitulaciones matrimoniales, cuya validez dependerá de que se observen los requisitos formales y materiales exigidos para ello. Así pues, la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en caso de existir capitulaciones se somete a las mismas normas de conflicto que si no existieran tales pactos; esto es, los cónyuges podrán elegir la ley aplicable al régimen matrimonial pactado de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 22. En caso de no hacerlo, la ley aplicable a dicho régimen pactado vendrá determinada por lo establecido en el artículo 26 del Reglamento<sup>86</sup>.

## B) Ámbito objetivo y subjetivo

55. El RREM define la institución de las capitulaciones matrimoniales en su artículo 3.1.b), como el “acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”. RODRÍGUEZ BENOT<sup>87</sup> destaca que así se recoge la realidad de la admisión en la mayor parte de los Estados miembro de virtualidad a la voluntad de los interesados en la ordenación de su régimen presente o futuro, aún cuando se produzcan variaciones entre ellos (Considerandos 48 y 47, respectivamente). Lo cual se enmarcaría en un contexto de evolución general hacia el reconocimiento de una mayor autonomía y responsabilidad de decisión a las personas en el Derecho matrimonial.

56. En cuanto a la calificación autónoma de las capitulaciones cubierta por el Reglamento, sería aquellas que se vinculan al régimen económico matrimonial, a través de las cuales los cónyuges o futuros cónyuges pactan las relaciones patrimoniales que afectan a la comunidad de vida de la pareja y que se relacionan con la administración cotidiana de su patrimonio o con la liquidación del régimen económico. Por tanto, todos aquellos pactos cuya función sea organizar el régimen económico matrimonial podrán subsumirse en el ámbito de aplicación del Reglamento. No obstante, autores como AÑOVEROS TERRADAS<sup>88</sup> plantean la necesidad que se dará, en muchas ocasiones, de realizar una previa calificación de la institución de las capitulaciones a nivel interno o nacional, dada la distinta concepción que sobre las mismas existe en los diferentes derechos nacionales, a pesar de que el legislador europeo opta claramente por una noción amplia de capitulaciones. A partir de dicha calificación y teniendo en cuenta la pluralidad normativa existente, será preciso determinar la función que cumple cada pacto a nivel interno para luego subsumirla en la norma de conflicto del Reglamento; teniendo en cuenta que esa calificación interna no siempre será fácil, pues una de las grandes dificultades que presentan las capitulaciones es que, como venimos reiterando, su contenido es heterogéneo, pudiendo contemplar aspectos patrimoniales y personales de los cónyuges o futuros cónyuges.

57. Así pues, el ámbito de aplicación del RREM debe incluir todos los aspectos de Derecho civil relativos al régimen económico matrimonial; entendiendo por tal, el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución” (artículo 3.1.a). A efectos de esta norma, el régimen económico matrimonial, “debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable”. El RREM incluye, por tanto, “no solo las capitulaciones matrimoniales específicas y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución” (Considerando 18).

<sup>86</sup> *Vid.* B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 833.

<sup>87</sup> “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, p. 27.

<sup>88</sup> “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 829.

58. Si bien es pacífico admitir<sup>89</sup> que el ámbito de aplicación del RREM abarcaría también al “régimen matrimonial primario”, es decir, al conjunto de disposiciones imperativas que regulan en cada legislación determinadas consecuencias y efectos de carácter patrimonial que alcanzan a todo matrimonio, independientemente del régimen económico convenido por los cónyuges. No es cuestión pacífica, por el contrario, si se puede extender dicho ámbito a los pactos en previsión de crisis conyugal, de lo que nos ocuparemos a continuación.

### C) Validez formal y material de las capitulaciones matrimoniales en el Reglamento

59. Acabamos de señalar que el RREM definía las capitulaciones matrimoniales en su Considerando 48, cuando señalaba “Las capitulaciones matrimoniales son un tipo de disposición sobre el patrimonio matrimonial cuya admisibilidad y aceptación varía entre los Estados miembros” para, a continuación, decíamos, hacer referencia a los requisitos de forma que deben cumplir para asegurar su validez.

La validez formal de las capitulaciones matrimoniales se regula en el artículo 25 del RREM. Se trata de los mismos requisitos de forma exigidos al acuerdo de elección de ley, únicamente se añade un uso adicional. Son, por tanto, unos requisitos adicionales añadidos al régimen, más flexible, del acuerdo de elección de ley aplicable<sup>90</sup>. Así, además de la constancia por escrito, con fecha y con firma de ambos cónyuges, y de la observancia a los requisitos formales de validez de la Ley del Estado miembro de residencia habitual común o de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de la celebración de las capitulaciones, si la Ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, tales requisitos se observarán (art. 25.3)<sup>91</sup>.

60. RIPOLL SOLER<sup>92</sup> enjuicia al legislador europeo por ello, criticando no sólo la opción de política legislativa, basada en la introducción de los requisitos formales adicionales previstos por la ley aplicable al régimen económico matrimonial; sino y, especialmente, la absoluta falta de motivación en los considerandos de tal apuesta legal. A ello añade que “Es también criticable que no compartan régimen el acuerdo de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial y las capitulaciones matrimoniales, pues, en la práctica, se generarán dificultades de interpretación y aplicación. Este disenso acarreará inseguridad en las relaciones entre los cónyuges y mermará uno de los objetivos de los Reglamentos que es el relativo a facilitar la libre circulación de ciudadanos por el territorio de la Unión”. Este autor, notario de profesión, concluye con la siguiente reflexión “los operadores jurídicos, deseosos de una regulación clara y de fácil aplicación en la que prime la certidumbre y seguridad jurídica asistirán perplejos a una normativa que no sólo reproduce viejos problemas, sino que los multiplica exponencialmente”.

61. El RREM también debe determinar qué ley ha de regular la validez material de las capitulaciones matrimoniales; de manera que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regirá, también, la validez material de las capitulaciones matrimoniales, tal y como se establece en el artículo

<sup>89</sup> Así, A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación...*cit.*”, p. 111. *Id.* P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 Y 1104/2016”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, No 1, 2017, p. 306.

<sup>90</sup> Al respecto, *vid.* A. RIPOLL SOLER, “Validez formal de las capitulaciones matrimoniales/de la unión registrada”, en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea*, J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (Dir.), P. QUINZÁ REDONDO (col.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 240 y ss.

<sup>91</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir), *Compendio de...cit.*, p. 253 y 256; donde se expone el siguiente Caso respecto a la *Forma de las capitulaciones matrimoniales*: “Un matrimonio de nacionales peruanos residentes en España otorga capitulaciones matrimoniales en documento privado. En ellas acuerdan que su régimen económico matrimonial se rija por el Derecho peruano. Solución: la elección de ley y las capitulaciones matrimoniales acordadas por los cónyuges no son válidas porque, si bien constaban por escrito, con fecha y con firma de ambos, no respetan el requisito de forma previsto en la Ley de residencia habitual común de la pareja. En efecto, según el Derecho español, las capitulaciones matrimoniales deben constar, para su validez, en escritura pública (art. 1327 CC)”.

<sup>92</sup> “Validez formal de ...*cit.*”, pp. 240-242.

27.g). Así las cosas, el art. 27 del RREM señala como norma de conflicto, que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regulará, también, “la validez material de las capitulaciones matrimoniales”. Todo ello, como señala el Reglamento, para “(...) facilitar que los derechos económicos matrimoniales adquiridos de resultas de las capitulaciones matrimoniales sean aceptados en los Estados miembros” (Considerando 48)<sup>93</sup>.

62. Llegados a este punto, la cuestión que nos planteamos<sup>94</sup> es si, a efectos del Reglamento, se equiparan las capitulaciones matrimoniales a los acuerdos prematrimoniales en previsión de una futura crisis matrimonial o, al menos, si pueden englobar dichos pactos cuyo objetivo es distinto a la determinación del régimen económico matrimonial; sabiendo que la determinación del régimen económico matrimonial constituye el contenido típico de las capitulaciones, pero no es el único.

### III. Pactos prematrimoniales en previsión de crisis conyugal como contenido de las capitulaciones matrimoniales

#### 1. Breve referencia a los orígenes y la evolución del reconocimiento a la autonomía privada en los pactos prematrimoniales

63. Cuestión tradicionalmente más arraigada en derecho foral, en especial el catalán<sup>95</sup>, la legislación civil común española no contempla esta especialidad de pactos entre cónyuges, que en los últimos años es cada vez más común encontrar en las demandas judiciales por ruptura, consecuencia de la globalización del derecho de familia y de la tendencia a aumentar el margen de autonomía privada en este ámbito<sup>96</sup>.

Desde 1981 hasta la reforma de 2005<sup>97</sup>, el legislador español ha ido ampliando progresivamente el margen de actuación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en relación a las consecuencias económicas de la crisis matrimonial<sup>98</sup>, siendo la jurisprudencia la que ha sentado las bases de su admisión y los requisitos para su validez en los últimos años, trazando la línea entre la imperatividad y las materias dispositivas en este ámbito del derecho de familia. El principio rector de esta evolución ha sido la igualdad entre cónyuges, cuyo pleno reconocimiento legal conlleva que se otorgue un papel prioritario a los pactos entre ambos, asumiendo el régimen legal un carácter supletorio que regirá en defecto de acuerdo.

64. Así, esta expresión de libertad no sólo se reconoce a través de la determinación del régimen económico matrimonial y permitiendo la contratación entre cónyuges, sino que se extiende a las situaciones de crisis matrimoniales; permitiendo, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad

<sup>93</sup> A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación...*cit.*”, p. 111.

<sup>94</sup> Reflexión compartida con A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación...*cit.*”, p. 108.

<sup>95</sup> Regulación explícita muy detallada en el derecho civil catalán: en los arts. 231-20, 233-5, 232-7, 233-5.3, 233-16 y 233-21.3 del Libro 2º del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia, aprobado por la Ley 25/2010 de 29 de julio; más escueta, en el País Vasco, en el artículo 4 de la Ley 7/2015 de 30 de junio de Relaciones Familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores.

<sup>96</sup> Así lo reconoce la STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657), que admite la posibilidad de que estos pactos se apliquen a los territorios que se rigen por el Código Civil, diciendo: “En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en art. 25 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana (declarada inconstitucional por la Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016).”

<sup>97</sup> Muestra de ello en nuestro Derecho de familia es la motivación expresada por el legislador estatal en la Exposición de motivos de 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 cuyo noveno párrafo se indica que “La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”.

<sup>98</sup> *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 77, 81-84.

y la autonomía privada, la disolución del matrimonio sin justificación de causa alguna y, por ende, la determinación de las consecuencias de la crisis matrimonial, posibilitando la celebración de pactos prematrimoniales cuya validez quedará, en última instancia, supeditada al control judicial.

65. Ya marcaba el camino ROCA TRÍAS<sup>99</sup>, cuando en relación con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos en el ámbito del Derecho de Familia, exponía: “El ordenamiento jurídico ha vehiculado la expresión de la autonomía de los cónyuges por medio de los capítulos matrimoniales. Cuando de lo que se trata es de organizar la economía de la familia con una perspectiva de futuro, los capítulos han servido para establecer los pactos más convenientes para los matrimonios. Lacruz había ya afirmado que los capítulos estaban íntimamente unidos al matrimonio, pero que éste no era su causa, porque son un contrato accesorio y “aún anulando el matrimonio, los capítulos (si no media causa de invalidez) siguen válidos siquiera ineficaces. Es un valor aceptado entre los civilistas que los capítulos matrimoniales han perdido su tradicional y originaria razón de ser: ya no son tanto capítulos de organización de una economía sino que encontraremos con mucha más frecuencia capítulos que tienen como finalidad establecer las estipulaciones y los pactos lícitos, personales y familiares, que se consideren convenientes en los casos de crisis de la familia y ruptura del matrimonio, de ahí que se piense que en la actualidad, los capítulos puedan contener aquéllas cláusulas que se considere conveniente para afrontar estas crisis”.

66. Por su parte, CERVILLA GARZÓN<sup>100</sup> señala que, aunque las capitulaciones han sido unos contratos rígidos, solemnes, con un régimen jurídico muy detallado y que admiten pocas alteraciones, se observaba un fenómeno en Europa, quizás influido por la jurisprudencia norteamericana, tendente a flexibilizar el pacto capitular para, dentro de sus mimbres, incluir otros acuerdos. Y esta expansión de la autonomía de la voluntad de los futuros esposos a otras materias fuera de las que tradicionalmente han formado parte de este tipo de acuerdos, sólo podía venir por medio de una interpretación amplia del contenido del pacto capitular, admitiendo, como parte del mismo, otros posibles acuerdos, siempre que no vulneren los límites generales a la libertad de contratación.

67. Por tanto, dado que el régimen general civil de España no contiene normativa específica sobre los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura, ha existido tradicionalmente un debate doctrinal entorno a ellos. Parte del debate se ha centrado en si ciertas disposiciones del Código civil español, como el art. 1325, que permite a los cónyuges establecer “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio” o el art. 1255, referente a la libertad contractual, permitían pactar sobre otras consecuencias económicas del divorcio o no<sup>101</sup>.

La polémica, empero, quedó zanjada en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011, que determinó expresamente la validez y ejecución de este tipo de acuerdos, y que nos sirve como muestra de la evolución jurisprudencial de la admisión de estos pactos, pues se pronuncia en los siguientes términos en su Fundamento de Derecho tercero: “la autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio

<sup>99</sup> En *Libertad y Familia...cit.*, p. 69.

<sup>100</sup> Esta autora hace un profundo estudio de derecho comparado, a nivel global, imprescindible para ahondar en la materia; en *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 19-27.

<sup>101</sup> Sobre este particular, *vid.*, la doctrina propuesta, entre otros por A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de...cit.*; B. AÑOVEROS TERRADAS, “Los pactos prematrimoniales...”, *cit.*, p. 445; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis...”, pp. 102-118; A.L. REBOLLEDO VARELA, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, en F.J. GÓMEZ GALLIGO (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 735-755; C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales...cit.*; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos...cit.*; E. HIJAS CID, “Pactos prematrimoniales”, en *La Ley* 1509/2019; A.J. MUÑOZ NAVARRO, “Los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura matrimonial”, en *La Ley Derecho de Familia*, *La Ley* 3644/2020, N<sup>o</sup> 25, 2020.

regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC”. Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007<sup>102</sup>). Admitida su validez, el Fundamento Cuarto de la misma señala “esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes porque, aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida”.

## 2. Límites a la validez de los pactos como contenido de las capitulaciones y su admisión por la Jurisprudencia

68. Concibiendo las capitulaciones matrimoniales, no como instrumento de gestión, administración e incluso creación del régimen económico matrimonial exclusivamente, sino como mecanismo para cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio; parece claro que las capitulaciones pueden utilizarse para otros fines más allá de la mera regulación del régimen económico que van a tener los cónyuges. La realidad constata que dicho instrumento jurídico y la interpretación que se está haciendo de las mismas, permite incluir en ellas cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio y más allá del mismo<sup>103</sup>.

69. Compartimos pues la conclusión de quienes consideran que el debate doctrinal surgido en orden a la naturaleza jurídica de los pactos en previsión de crisis o ruptura matrimonial está dotado de argumentos suficientemente sólidos como para admitir su inserción como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales<sup>104</sup>. No obstante, y a pesar de que como ya adelantamos, tendremos que considerar que, a pesar de admitirse igualmente que se suscriban antes o después de contraer matrimonio, el pacto en previsión de ruptura posterior al matrimonio, pero previo a la crisis conyugal, puede conllevar problemas de validez por posible vicio del consentimiento por parte de uno de los cónyuges, por lo que habrá que atender en ese caso a los límites generales de la autonomía de la voluntad y a los presupuestos de validez del consentimiento prestado por los cónyuges.

70. Por tanto, a pesar de carecer de regulación expresa en el Derecho civil común (a diferencia de derechos forales como el catatán, donde en el art. 231.20 de la Ley 25/2010 recoge expresamente los requisitos que debe tener un acuerdo en previsión de ruptura para ser considerado válido), los acuerdos celebrados antes del matrimonio en previsión de un posible divorcio o separación son acuerdos ampliamente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia debido a que es un reflejo del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad por los cónyuges. En consecuencia, respecto a la validez material de los pactos en previsión de ruptura, deberá atenderse a la concurrencia de los elementos constitutivos de todo contrato (consentimiento, objeto y causa, art. 1261 CC), no podrán traspasar los límites que el art. 1255

<sup>102</sup> RJ 2007/7307.

<sup>103</sup> Como señalaba LACRUZ “En el *instrumentum* nupcial caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aun sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es «matrimonial». Así en *Elementos de ...cit.*, p. 137.

<sup>104</sup> En este sentido, M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 189; en sentido similar, entre otros muchos, *vid.* L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de Estados Unidos de América a la realidad española” en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, J. RAMS ALBESA, Dykinson, 2010, p. 309; L. AGUILAR RUIZ, “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja”, en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, España, 2014, p. 21.

CC impone a la autonomía de la voluntad, en general (no podrán ser contrarios a la ley, la moral ni el orden público) y, en especial, los que impone el art. 1328 CC respecto a las capitulaciones (atendiendo a la igualdad de derechos entre ambos cónyuges) y el artículo 90 CC en relación al convenio regulador (que no cause daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges).

**71.** Un análisis detallado de las materias susceptibles de inclusión en un acuerdo prematrimonial<sup>105</sup>, insertado en las capitulaciones matrimoniales, sobrepasaría con creces las pretensiones de este trabajo, por lo que las delimitaremos someramente. Así, los más discutidos respecto a su disponibilidad serían los pactos de naturaleza personal relacionados con la ruptura matrimonial; pero podrían valorarse como objeto del pacto prematrimonial, entre cualesquiera otras que las partes convengan dentro de los límites a la autonomía de la voluntad y atendiendo a la igualdad entre los cónyuges, las siguientes materias: pacto de indemnización en caso de ruptura por parte del cónyuge que solicite la separación o el divorcio (como signo de refuerzo del vínculo matrimonial); pactos relativos a medidas sobre hijos comunes<sup>106</sup>; o el pacto de indemnización por incumplimiento de los deberes personales inherentes al matrimonio por parte de alguno de los cónyuges (cuestión polémica por el carácter indisponible de los artículos 66, 68 y 68 del CC, pero muy recurrente después de que estos deberes perdiesen su naturaleza causal tras la reforma de 2005)<sup>107</sup>. Más aceptación tienen los pactos prematrimoniales que fijen las consecuencias económicas de la crisis matrimonial, atendiendo a la liquidación del régimen económico, los alimentos, uso de la vivienda familiar, por ejemplo, y, los más comunes: los pactos relativos a la pensión por trabajo doméstico y la pensión compensatoria<sup>108</sup>.

**72.** La admisión de la validez de los pactos de pre-ruptura por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy relevante en la medida, como decíamos, en que no hay un reconocimiento normativo explícito de los mismos a nivel estatal. Particularmente relevante resulta la STS de 24 de junio de 2015<sup>109</sup>, que vino a reforzar la validez y licitud de los pactos prematrimoniales tras la STS de 31 de marzo de 2011<sup>110</sup>, al determinar que: “De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución Española (CE) cuando establece la protección de la familia y de la infancia”.

A mayor abundamiento, esta resolución aborda la validez del acuerdo suscrito atendiendo a los siguientes criterios: “1º. no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable; 2º. los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público; 3º. no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges; 4º. no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges”; y analiza si, en aplicación de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, cabe una moderación o anulació de lo pactado, concluyendo en los siguientes términos: “exige para la aplicación de la cláusula “rebus”, con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sea sobrevenida y que concurra

<sup>105</sup> Para detenerse en un estudio en profundidad, *vid.* M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales...cit.*; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos...cit.*, pp. 88-115; A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales...cit.*, pp. 45-100; L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales...cit.”, pp. 315 y ss. *Cft.* S. TAMAYO HAYA, “Los pactos sobre cuestiones matrimoniales en las crisis conyugales”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N<sup>o</sup> 10, 2003.

<sup>106</sup> *Vid.* la STS de 15 de octubre de 2018 (RJ 2018/4295), que trata acerca de los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, los cuales serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el artículo 1.814 CC. E. HIJAS CID, “Pactos...cit.”, señala que lo más significativo es que este acuerdo, sin haber sido homologado judicialmente, tiene eficacia *inter partes*, incluso para la reclamación judicial de su cumplimiento.

<sup>107</sup> No exento de polémica, mucha de la doctrina se posiciona en contra de la validez de este pacto. Entre ellos y, por todos, *vid.* C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales...cit.*, p. 65.

<sup>108</sup> Ya se pronunció a favor de la posibilidad de renunciar a la pensión compensatoria la STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174), que señaló el carácter dispositivo de la misma.

<sup>109</sup> RJ 2015/2657.

<sup>110</sup> RJ 2011/3137.

aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (art. 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación)”. Por tanto, planteó la cuestión de la posibilidad de dejar sin efecto los acuerdos por circunstancias extraordinarias sobrevenidas, que deberán acreditarse como graves, imprevistas y perjudiciales para alguno de los cónyuges, a decisión del juez<sup>111</sup>. Estos criterios configuran, en última instancia, los límites a la facultad de autorregulación de los cónyuges.

**73.** Por su parte, la citada STS de 30 de mayo de 2018<sup>112</sup>, que analiza la eventual contradicción de los acuerdos adoptados con el orden público y con la libertad y la dignidad de la persona, se pronuncia a propósito de una renuncia a la pensión compensatoria convenida en un pacto prematrimonial, señalando que el pacto no atenta a la ley, la moral o al orden público ni causa perjuicio a terceros, si se firmó con pleno conocimiento del mismo, y no se consideran sorpresivos si se firman con suficiente antelación a la celebración del matrimonio. Así, delimita la igualdad conyugal en el ámbito de este tipo de pactos, concibiéndola como la ausencia de sumisión o de posición de superioridad de un cónyuge respecto al otro.

Así, la jurisprudencia viene recogiendo en los últimos años que “la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 CC, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán”<sup>113</sup>. Y, en suma, de esta última jurisprudencia se desprende que los principales límites para considerar la validez de estos pactos es que sus estipulaciones respeten la igualdad entre los cónyuges (consagrada en el artículo 32 de la CE y en el artículo 66 del CC) y el superior interés de los hijos menores (protegido por el artículo 39 de la CE y actualmente consagrado en el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor).

**74.** De estas últimas consideraciones extraemos que, a pesar de que tanto nuestro ordenamiento jurídico como la mayoría de los europeos admiten una amplia libertad de pacto entre cónyuges, la validez de estos acuerdos se pone a prueba cuando llegan a manos de un juez a causa del rechazo a lo pactado por alguna de las partes tras la ruptura. De manera que la efectividad del pacto dependerá, en última instancia, del control judicial que los tribunales españoles realicen sobre el mismo, atendiendo a los límites que impone nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, los pactos prematrimoniales serán válidos y plenamente vinculantes si el consentimiento de las partes resulta válido e informado y el acuerdo no contraría la igualdad y reciprocidad entre cónyuges (art. 14 CE) ni el compromiso al respeto de los deberes conyugales (arts. 66-68 CC), la protección a la familia y, en concreto, a los hijos y el superior interés de los mismos (art. 39 CE y art. 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor); y siempre que en el momento en que se deba hacer efectivo no perjudique gravemente a ninguno de los cónyuges. Entrarían en juego en este ámbito limitaciones como las establecidas en el art. 1328 CC, en relación con la nulidad de cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a

<sup>111</sup> Posibilidad prevista expresamente por la normativa catalana, en el art. 231.20.5: “Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”. *Vid.* M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, “Acuerdos prematrimoniales y ruptura...*cit.*”

<sup>112</sup> *Vid.* A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Los pactos en previsión...*cit.*”, pp. 261-267. *Cft.* con la siguiente jurisprudencia, en el mismo sentido respecto a pactos sobre pensiones por desequilibrio: SSTS de 6 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4707), 24 de febrero de 2017 (RJ 2017/669), 11 de mayo de 2016 (RJ 2016/2112), 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131).

<sup>113</sup> Así, la citada STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657) y la STS de 19 de octubre de 2015 (RJ 2015/4869), la cual señala que “la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal”, decidiendo en un caso en que se otorga escritura de capitulaciones matrimoniales pactando como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes, acordándose posteriormente en documento privado la separación de hecho y el reparto de los bienes, que “en la discusión sobre la titularidad de los bienes prima el acuerdo privado suscrito entre ellos”.

cada cónyuge; así como la atención al orden público, que debería reservarse para los acuerdos que limiten o vulneren el derecho de igualdad o la dignidad de cualquiera de los cónyuges (no con la finalidad de garantizar la distribución equitativa de patrimonios, sino de evitar el sometimiento de la voluntad de un cónyuge frente a otro o colocarse en una situación de vulnerabilidad<sup>114</sup>). En última instancia, el control judicial deberá valorar que exista un balance entre la protección de la igualdad de los cónyuges y de la autonomía de la voluntad de los mismos.

**75.** Respecto a la validez formal, pese al principio genérico de libertad de forma (consagrado en el artículo 1278 CC) persiste el debate doctrinal sobre si debe aceptarse igualmente la validez de estos pactos cuando no formen parte del contenido de las capitulaciones, suscribiéndose en documento privado en vez de en escritura pública. No obstante, así lo viene confirmando desde hace décadas el Tribunal Supremo, que tiene constatada una clara doctrina jurisprudencial referente a los contratos celebrados entre cónyuges recogidos en documentos privados, principalmente surgidos en torno a un convenio regulador o/y a una escritura de capitulaciones<sup>115</sup>.

La libertad de forma aplicable a estos pactos, no obsta para que se defienda el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales como el instrumento idóneo para recoger estos acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura (en cuyo caso deberán constar necesariamente en escritura pública); no sólo porque es el más frecuente en la práctica, sino porque garantiza la seguridad jurídica que atesora el asesoramiento imparcial de las partes por parte del notario<sup>116</sup>. Así, la figura en nuestro ordenamiento del Notario nos parece esencial, pues la inexistencia de asesoramiento legal previo e independiente será uno de los indicios probatorios que tendrá a su disposición el juez para apreciar la existencia o no de un vicio del consentimiento. Y es que, en palabras de ANGUITA VILLANUEVA<sup>117</sup>, el análisis de los vicios del consentimiento en estas nuevas figuras contractuales dentro del ámbito de familia, entra en una nueva dimensión.

### 3. Aplicación del Reglamento 2016/1103 a los pactos prematrimoniales

**76.** Llegados a este punto final, reiteramos la lógica de que los pactos en previsión de crisis puedan formar parte de las capitulaciones matrimoniales también en el ámbito transnacional pues, tal y como señalamos anteriormente, el nexo de unión y justificación de los distintos acuerdos van a ser siempre los aspectos patrimoniales de la relación matrimonial.

Actualmente se admiten, legal o jurisprudencialmente, en la práctica totalidad de los ordenamientos de la UE, la celebración de pactos prenupciales, cuyo contenido puede ser diverso y abarcar materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento. Especialmente aquellos que establecen la fijación o renuncia de prestaciones patrimoniales o compensaciones económicas en caso de separación judicial o divorcio, admitiéndose los pactos sobre efectos personales, además de los patrimoniales. Por tanto, la gran cuestión que surge hoy en día en todos los ordenamientos jurídicos europeos no es ya, por tanto, la de la validez de estos pactos, sino el debate acerca de los límites que han de imponerse a dichos pactos en cada sistema jurídico<sup>118</sup>. Y es que, admitida la amplitud de la libertad de pactos entre cónyuges,

<sup>114</sup> Así concluye P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acuerdos en previsión de ruptura en el Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales”, en *@Laleydigital*, La Ley 8438/2020.

<sup>115</sup> Imprescindible citar aquí la relevante STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), con O’CALLAGHAN como ponente; desde la misma, la Sala primera del Tribunal Supremo no se ha cansado de admitir que los acuerdos de los cónyuges: primero, son válidos en documento privado (con la salvedad de que los acuerdos prematrimoniales relativos al régimen económico familiar sí han de recogerse en escritura pública); segundo, requieren para su validez los requisitos esenciales recogidos en el 1261 CC y, tercero, su único límite es no ir en contra de las normas imperativas (STS 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649), 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619) y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307); *Vid.* L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales...*cit.*”, pp. 310-314.

<sup>116</sup> En este sentido, entre otros, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos...cit.*, p. 208 y M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 190. *Vid.* M<sup>a</sup>.A. PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad...*cit.*”, p. 103.

<sup>117</sup> “Acuerdos prematrimoniales...*cit.*”, p. 319.

<sup>118</sup> A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Los pactos en previsión...*cit.*”, señala aquí que, con independencia de ciertos casos extremos en los que las normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio son de carácter obligatorio (así Eslovenia) o de carácter

ésta se tornará incierta cuando se acuda a un tribunal español para que lleve a cabo un control judicial del pacto en cuestión y decida sobre su ejecución en base al respeto de los límites impuestos. Incertidumbre que se incrementa cuando entra en juego el elemento extranjero.

77. Lo que parece indudable, con independencia de su admisión y de la polémica sobre sus límites, es que la función general de estos pactos en cada sistema jurídico es diferente. En los sistemas de *Common Law*, que carecen de un régimen legal económico-matrimonial, los tribunales poseen un amplio margen de discrecionalidad para determinar las consecuencias patrimoniales de la ruptura. Pero, por el contrario, en los sistemas de *Civil Law*, como el español, que cuentan con una normativa reguladora del régimen económico-matrimonial que, en principio, garantizaría la certidumbre de las relaciones jurídicas entre los cónyuges, la función que cumplen los pactos en previsión de crisis es posibilitar que aquellos puedan elegir otras consecuencias económicas diferentes a las que el legislador ha previsto para los supuestos de separación y divorcio. El caso de la comentada STS de 30 de mayo de 2018<sup>119</sup> constituye buena muestra de ello, ya que, de no ser por el acuerdo llevado a cabo por las partes de renuncia preventiva a los derechos que les corresponderían por ley, es muy probable que a la esposa, en peor situación económica que el marido, se le hubiera concedido una prestación compensatoria temporal, y la atribución del uso de la vivienda, por ser el interés más necesitado de protección conforme al artículo 96.3 del CC<sup>120</sup>.

78. Por tanto, siendo ésta una materia susceptible de tener que someterse a resolución judicial, debido a que, una vez sobrevenida la crisis conyugal, en el momento de la ejecución del pacto prematrimonial, es frecuente que una de las partes ya no quiera que lo acordado despliegue efectos (por, por ejemplo, considerar que su consentimiento no fue válidamente prestado o por haberse producido un cambio de circunstancias imprevisible en aquel momento); cuando el acuerdo tiene un elemento extranjero, la cuestión se complica sobremanera y la intervención de los tribunales está prácticamente asegurada<sup>121</sup>.

En estas circunstancias, determinar cuál sería la ley aplicable al pacto prematrimonial con repercusión transfronteriza, así como los requisitos de fondo y forma exigidos para su validez, se presenta como una tarea compleja y conlleva la necesaria coordinación del RREM con otros Reglamentos europeos vigentes relativos del Derecho internacional privado de familia<sup>122</sup>, atendiendo al principio de coherencia entre Reglamentos Europeos que consagra el RREM (inspirado en otros Reglamentos europeos en materia de familia). Compartimos con ANTÓN JUÁREZ<sup>123</sup> el deseo, en aras de facilitar el posterior

---

dispositivo (como Escocia), parece haber un cierto consenso generalizado en los ordenamientos europeos en que, mientras que cabe acuerdo sobre el reparto de los bienes matrimoniales, los instrumentos que aseguran, respectivamente, la cobertura de las necesidades y la compensación económica por el desequilibrio patrimonial de uno de los esposos tras la ruptura son menos susceptibles de autorregulación (en este sentido consúltese J.M. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, Vol. IV, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2016, pp. 61-62).

<sup>119</sup> RJ 2018/2358.

<sup>120</sup> A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Los pactos en previsión...*cit.*”

<sup>121</sup> ANTÓN JUÁREZ explica que esto es así “porque ya no sólo se debe tener en cuenta el ordenamiento por el que se rige el pacto sino también los posibles tribunales que podrían acabar revisando el acuerdo. Y éstos no tendrían por qué ser los del ordenamiento que rige el pacto. De este modo, las consideraciones de Derecho internacional privado, de Derecho material comparado y las del propio ordenamiento pueden llegar a ser igual de importantes a tener en cuenta a la hora de prestar asesoramiento sobre un pacto prematrimonial internacional”; en “Acuerdos prematrimoniales en...*cit.*”, pp. 82-111.

<sup>122</sup> En materia de crisis matrimonial, habrá que atender al Reglamento (CE) n1 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; respecto al derecho aplicable a un divorcio o separación judicial, el 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 materia de reclamaciones de alimentos, el 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 resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos.

<sup>123</sup> La autora es consciente de que, “en la actualidad, donde el Derecho internacional privado es cada vez más europeo y, por tanto, menos nacional, esta postura de aplicar la misma ley a todo el acuerdo prematrimonial puede tener un difícil encaje cuando se trata de acuerdos que contienen cláusulas muy distintas entre sí. Cláusulas de diversa naturaleza jurídica (*ad ex.* se renuncia a la pensión compensatoria y al mismo tiempo se fijan medidas relativas al cuidado de los hijos), escapándose alguna de ellas del ámbito de aplicación del RREM. En ese caso, tendremos que ver de que cláusula concreta se trata y analizarla desde un punto de vista conflictual y también material. Esto podría dar lugar a que en el acuerdo se aplicaran leyes de dos ordenamientos diferentes”; en “Acuerdos prematrimoniales en...*cit.*”, p. 84.

reconocimiento judicial de un acuerdo prematrimonial internacional pactado en expresión de la autonomía privada de las partes, que la Ley aplicable para determinar la validez de dicho acuerdo sea una única ley, tal y como persigue el art. 21 del RREM. En nuestro caso, esta teoría de la unidad de ley conllevaría que la norma de conflicto principal que se va a utilizar para determinar si un acuerdo es válido cuando se tenga que analizar la validez material va a ser el art. 9.3 CC o el RREM.

**79.** Somos conscientes, asimismo, de que el RREM no precisa expresamente su aplicación a los acuerdos prematrimoniales. Un análisis de esta figura a la luz de dicho Reglamento nos conduciría, siguiendo a RODRÍGUEZ BENOT<sup>124</sup>, a las siguientes consideraciones: 1ª. No todos los aspectos cubiertos por un acuerdo de este tipo tendrían cabida en los conceptos de régimen económico del matrimonio, sino únicamente aquellos que coincidieran con las definiciones previstas en el mismo; 2ª. La clara delimitación temporal del *dies a quo* y del *dies ad quem* en el RREM suscita dudas sobre el encaje de estos peculiares acuerdos en su ámbito de aplicación; 3ª. No obstante, la referencia a los “futuros” cónyuges contenida en el RREM (artículos 3.1.b y 22.1) ha sido entendida por algunos autores como inclusiva de estos contratos en su ámbito material; 4ª. Siendo una cuestión que en algún momento habrá de resolver el Tribunal de Luxemburgo, apunta el mencionado autor, siempre queda a la decisión de cada Estado aplicar a esta figura normas similares a las de los Reglamentos.

**80.** En este sentido, JIMÉNEZ BLANCO<sup>125</sup> aclara que son precisamente estos acuerdos los que pueden quedar regulados por el RREM, pues parece clara su inclusión dentro del concepto autónomo de “capitulaciones matrimoniales” definido en art. 3.1 del Reglamento. Aunque formalmente, conforme a los Derechos nacionales, los acuerdos en previsión de ruptura no se identifiquen con las capitulaciones, lo serán a efectos de este Reglamento, sin que tenga cabida en el RREM una distinción entre “capitulaciones matrimoniales”, “acuerdos en previsión de ruptura” y “acuerdos de separación”, que los cónyuges otorgan cuando la crisis matrimonial es ya existente o inminente. Lo que determina, en última instancia, su inclusión en el Reglamento es que los pactos tengan por objeto organizar su régimen matrimonial económico matrimonial, entendiendo por tal las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución.

**81.** En consecuencia, sí que podrían quedar incluidos en el RREM, compartiendo la interpretación amplia de aquellos que abogan porque la alusión a los “futuros esposos” en su artículo 3.1.b y 22.1 se entienda como favorable a la inclusión de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, no sólo los acuerdos prenupciales sino también los celebrados después del matrimonio<sup>126</sup>. Y, en ese caso, la aplicación del RREM dependerá del contenido de las cláusulas que se incluyan en el marco de las capitulaciones. Así, quedarán incluidos en el RREM los acuerdos entre cónyuges dirigidos a organizar la esfera patrimonial de los cónyuges relativa a las cuestiones que afectan al régimen económico matrimonial o que tengan estrecha relación con él. El resto de cláusulas, destinadas a regular otros aspectos de los efectos patrimoniales e incluso personales que se deriven del vínculo matrimonial y que muchas veces se incluyen en la propia escritura capitular, deberán atender a los correspondientes Reglamentos en la materia de que se trate (medidas relativas a los hijos, al divorcio o separación judicial, a los alimentos, pactos relativos a los deberes personales de los cónyuges, etc)<sup>127</sup>.

**82.** Dado que los acuerdos en previsión de ruptura suponen, en la práctica, una alteración del régimen matrimonial en cuanto a la liquidación; el problema se presenta, tal y como identifica AÑOVEROS

<sup>124</sup> “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, p. 28.

<sup>125</sup> “Acuerdos en previsión...*cit.*”.

<sup>126</sup> Por todos, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 166-167.

<sup>127</sup> *Vid.* C. GRIECO, “The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 10, N° 2, 2018, pp. 457-476.

TERRADAS<sup>128</sup>, en muchas ocasiones en las que será muy difícil determinar lo que es una liquidación de bienes o incluso, una pensión de alimentos. Así, esta autora se pronuncia sobre la problemática calificación de dos instituciones híbridas cuya discutida naturaleza jurídica ha sido protagonista de diversos pronunciamientos judiciales: la pensión por trabajo doméstico y la pensión compensatoria. La primera de ellas es una figura que tiende a corregir los perversos resultados que el régimen económico matrimonial de separación de bienes conlleva para uno de los cónyuges, normalmente la mujer, y constituye una regla especial de liquidación. AÑOVEROS TERRADAS se decanta por calificar dicha institución como perteneciente al régimen económico matrimonial, extendiendo esa naturaleza al pacto que limite, module o incluso excluya esa compensación. Por tanto, la norma de conflicto aplicable debería ser la prevista en el RREM.

En este sentido, la STS de 13 de marzo de 2019<sup>129</sup>, que resuelve un recurso por infracción del art. 1438 CC sobre la compensación por trabajo doméstico a la extinción del régimen de separación, apoya su fundamentación en el art. 38 del RREM, junto con el art. 14 CE, los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>130</sup> y el art. 2 del Tratado de la UE<sup>131</sup>, “que prohíben toda discriminación y consagran el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa a la extinción del régimen de separación, si la esposa ha sido la única que se ha dedicado a ello, aún compaginando dicho trabajo con el realizado fuera del hogar”.

**83.** Respecto a la pensión compensatoria, se trataría de una institución, siguiendo a GONZÁLEZ BEILFUSS<sup>132</sup>, a caballo entre el régimen de bienes y los alimentos; naturaleza mixta que dificultaría enormemente su calificación. En este sentido, el TJCE en su jurisprudencia en el asunto *De Cavel II*<sup>133</sup> entendió que las “prestaciones compensatorias” previstas en los artículos 270 y ss. del *Code Civile* (bastante parecidas a nuestra pensión compensatoria del CC, aunque no idéntica) atañen a las posibles obligaciones económicas entre los antiguos esposos después del divorcio, determinada en función de los recursos y necesidades recíprocas, y tienen igualmente carácter alimenticio. Decantándonos por el carácter alimenticio del pacto sobre la pensión compensatoria, deberíamos atender, en ese caso, a lo previsto por el Reglamento (CE) N° 4/2009 que en material de ley aplicable remite al Protocolo de la Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (artículo 15).

**84.** Igualmente, presentarían dificultades de calificación potenciales pactos atípicos como, por ejemplo, el pacto por el que se establece una renta vitalicia mensual a favor de uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio, pacto celebrado por los cónyuges en previsión de ruptura y que ya ha sido admitido por el Tribunal Supremo español en la reiteradamente citada STS de 24 de junio de 2015<sup>134</sup>. Precisamente por las dificultades mencionadas, si nos sumamos a AÑOVEROS TERRADAS<sup>135</sup> para defender una calificación funcional conforme al derecho interno de cada pacto que permita subsumirlo en una de las calificaciones autónomas previstas a nivel europeo.

**85.** Por tanto, no plantearía problemas la inclusión en el RREM de los pactos que establecen reglas especiales de liquidación del régimen matrimonial, modulando las reglas legales supletoriamente aplicables. Entre ellos, JIMÉNEZ BLANCO<sup>136</sup> cita, además de renunciias anticipadas sobre la indemnización por trabajo del hogar, la renuncia a la compensación legal que correspondería por liquidación del régi-

<sup>128</sup> “Los pactos prematrimoniales ...*cit.*”, pp. 829-830 y en 441-469.

<sup>129</sup> RJ 2019/925. *Id.* la STS de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018/568); y las SSTs de 8 de noviembre (RJ 2017/47/37), de 26 de abril (RJ 2017/1720) y de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/367).

<sup>130</sup> DOC 18 diciembre 2000, núm. 364.

<sup>131</sup> BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 16 febrero 2010, núm. 41.

<sup>132</sup> “Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. III, 2011, pp. 1149-1154.

<sup>133</sup> As. 120/79, de 6 de marzo de 1980.

<sup>134</sup> RJ 2015/2657.

<sup>135</sup> “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 830.

<sup>136</sup> “Acuerdos en previsión...*cit.*”.

men; la asignación y posesión o disfrute de los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal a uno u otro cónyuge; o la atribución de la titularidad de la propiedad, en favor de uno u otro cónyuge o de ambos, sobre bienes que hayan pertenecido a la sociedad conyugal o que los cónyuges aportaron al matrimonio; pactos destinados a establecer derechos económicos para uno de los divorciados o separados, aún en el caso de que no concurren los requisitos legales exigidos para alimentos legales; o el compromiso de mantener la empresa familiar surgida en régimen de gananciales, a pesar de que se produzca el divorcio de los cónyuges.

**86.** Para finalizar, nos hacemos eco de la propuesta de ANTÓN JUÁREZ<sup>137</sup>, quien, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes que pudieran estar interesadas en este tipo de pactos y contando con la necesidad de un asesoramiento preciso, configura un posible test que permitiría analizar *ex post* si un acuerdo prematrimonial puede desplegar efectos en el ordenamiento jurídico español en atención a las normas de Derecho internacional privado españolas y Derecho civil común español. Este test básicamente consistiría en analizar determinados criterios en dos momentos diferentes: el momento de la celebración del acuerdo y el de la ejecución. En el momento de la celebración, sería necesario atender a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la validez del consentimiento prestado por las partes, es decir, debe tratarse de un consentimiento consciente e informado, atendiendo igualmente a la capacidad de las partes en el momento de la emisión. Mientras que, respecto al momento de la ejecución del acuerdo, sería necesario verificar, atendiendo al contenido del acuerdo, cuáles son las circunstancias de los cónyuges en ese momento y si difieren o no de las que existían al momento de celebrar el acuerdo. En última instancia, el control judicial habrá que ponderar dos reglas para determinar la validez y exigibilidad de estos acuerdos: el principio *pacta sunt servanda* y su contrapeso, la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>138</sup>. En este contexto, las previsiones sobre consentimiento y validez material del art. 24.2 del RREM<sup>139</sup>, permitirían valorar nuevamente la validez del acuerdo en el momento de la presentación de la demanda.

**87.** Respecto a la forma, la consideración de los acuerdos en previsión de ruptura como capitulaciones matrimoniales conlleva que éstos deberán cumplir los requisitos de forma establecidos en el art. 25 del RREM. Y ello con independencia de que los Derechos nacionales prevean unas reglas diferentes para las “capitulaciones”, entendidas en sentido estricto, y para los “acuerdos en previsión de ruptura”, que podrían incorporarse, en su caso, en una escritura aparte<sup>140</sup>. Aquí, la exigencia de un determinado requisito de forma suele ir aparejado a la obligación de cumplir con un control de legalidad y de información a las partes como garantía de un verdadero consentimiento informado, por lo que el previo asesoramiento legal a los cónyuges por parte del notario se torna fundamental.

#### IV. Consideraciones Finales

**88.** Las relaciones entre cónyuges se debaten entre el tradicional paternalismo que ha inspirado a nuestro legislador en materia de derecho de familia, caracterizado por una mayor limitación de la autonomía de la voluntad mediante un elenco de normas imperativas amparadas en la protección del orden público familiar, y una evolución de la noción de familia que clama flexibilizar la rigidez normativa en

<sup>137</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en...*cit.*”, pp. 87 y ss. Y, en mayor profundidad y extensión, en *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 239-275. *Cft.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acuerdos en previsión...*cit.*”.

<sup>138</sup> Precisamente, se consideró esta cláusula en la citada STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657), en relación con un pacto de una renta vitalicia, aunque se descartó su aplicación en el caso concreto al entender que no se había producido una variación en la situación financiera respecto al momento del acuerdo.

<sup>139</sup> “No obstante, un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1”.

<sup>140</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acuerdos en previsión...*cit.*”, quien señala que “incluso resulta posible entender que, tras la ruptura de la convivencia matrimonial, se den acuerdos de separación, fuera del convenio regulador, que podrían tener unos requisitos de forma más flexibles, manteniendo un carácter vinculante”.

aras de la libertad privada. Estos nuevos modelos de familia, con una concepción más efímera del matrimonio, se asientan en una realidad social global que requiere un ordenamiento jurídico adaptado a los cambios sobrevenidos de circunstancias que puedan afectar, sobre todo, a sus relaciones patrimoniales.

**89.** Desde esta perspectiva, los pactos prematrimoniales en previsión de crisis conyugal son expresión de esta progresiva ampliación del margen de autonomía privada en la regulación de las relaciones entre cónyuges, sobretodo en lo que respecta a los efectos patrimoniales que se deriven de la ruptura del vínculo. No nos cabe duda de que su inclusión como contenido de las capitulaciones matrimoniales será cada vez más frecuente en Europa. No obstante, admitida la amplitud de la libertad de pactos entre cónyuges, ésta se tornará incierta cuando se acuda a un tribunal español para que lleve a cabo el control judicial del pacto en cuestión y decida sobre su ejecución en base al respeto de los límites impuestos. Incertidumbre que se incrementa cuando entra en juego el elemento extranjero. En definitiva, estos acuerdos serán válidos y plenamente vinculantes si el consentimiento de las partes resulta válido y el acuerdo no contraría la igualdad entre cónyuges ni el compromiso al respeto de los deberes conyugales, la protección a la familia y a los hijos, y siempre que en el momento en que se deba hacer efectivo no perjudique gravemente a ninguno de los cónyuges. Como decíamos y, en última instancia, habrá que ponderar dos reglas para determinar la validez de estos acuerdos: el principio *pacta sunt servanda* y su contrapeso, la cláusula *rebus sic stantibus*.

**90.** Menos romanticismo, que no menos amor o menor compromiso, en pro de una mayor autonomía privada. Pero sin que esta libertad se ejerza en detrimento de la seguridad jurídica; debiendo poner el foco en que lo acordado por los cónyuges, antes o después del matrimonio y en el marco de unas capitulaciones matrimoniales, llegará a ejecutarse si finalmente se dan las circunstancias previstas en el pacto y se respetan los límites indicados. Para evitar que el pacto fruto de la autonomía de la voluntad, llegado el momento de su ejecución, derive en un proceso judicial que se eternice, abogamos por un previo asesoramiento profesional a los cónyuges que aporte las garantías necesarias. Así, el papel de notarios y abogados, quienes deberán identificar las necesidades de sus clientes y atender a la finalidad de los acuerdos, adquiere especial relevancia para asegurar que esa autonomía de la voluntad sea vinculante y, por ende, ejecutable.

# ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL PROYECTO DE CONVENIO DE UNCITRAL SOBRE LA VENTA JUDICIAL DE BUQUES

## SOME OBSERVATIONS ON THE UNCITRAL DRAFT CONVENTION ON JUDICIAL SALE OF SHIPS

JUAN PABLO RODRÍGUEZ DELGADO\*

*Profesor Visitante Doctor de Derecho Mercantil*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-9650-2870

Recibido: 21.06.2021 / Aceptado: 07.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6268>

**Resumen:** La venta judicial de un buque representa el capítulo final de cualquier procedimiento judicial por la reclamación de deudas marítimas. La venta tiene que garantizar el mejor precio posible del buque, lo que permite que un número mayor de acreedores puedan ver satisfechos sus créditos. Este final se logrará solo si la venta confiere al comprador un “título de propiedad limpio”, extinguiendo todas las cargas, derechos y reclamaciones existentes sobre el buque. Este proceso asegurará al comprador poder cancelar la inscripción registral del buque y registrar su nueva propiedad bajo una nueva bandera a su conveniencia, pudiendo navegar alrededor del mundo sin temor a ser nuevamente embargado por créditos no satisfechos. Este artículo proporciona algunos apuntes sobre el Proyecto de Instrumento sobre venta judicial de buques que está actualmente en elaboración en el seno del GT VI de UNCITRAL.

**Palabras clave:** venta judicial de buque, título de propiedad limpio, UNCITRAL-CNUDMI, acreedores, créditos marítimos privilegiados, hipotecas navales

**Abstract:** Judicial sale of a ship and distribution of the proceeds to creditors represent the final chapter of any in rem proceeding (or its equivalent in civil law jurisdictions). The judicial sale must secure the best possible price for the ship, permitting more creditors can satisfy their credits. This finality will only be achieved if the sale confers title a ‘clean title’ on the purchaser, extinguishing all rights and interests over the ship. This process shall ensure that the purchaser may deregister the ship from its old flag and re-register under new ownership in a new flag and sail worldwide without any concern of re-arrest. This article provides some notes on the UNCITRAL Draft Instrument on judicial sale of ships focused on the conditions for a judicial sale of a ship conducted in one State Party to have effects in another Contracting State.

**Keywords:** judicial sale of ship, clean title, UNCITRAL-CNUDMI, creditors, maritime liens, mortgages

---

\* El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación con el título “Innovación tecnológica para la modernización de los sistemas de garantías mobiliarias: registros electrónicos, activos digitales y plataformas” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (PID2019-107189GB-I00). El autor es Representante de la MAA en el Grupo de Trabajo VI de UNCITRAL-CNUDMI durante la elaboración del Proyecto de Convenio Internacional sobre Venta Judicial de Buques Of Counsel en Albors Galiano y Portales.

**Sumario:** I. Introducción. II. Recorrido histórico y estructura del Proyecto de Convenio sobre venta judicial de buques. III. Condiciones para que una venta judicial nacional de buque tenga efecto internacional bajo el paraguas del Proyecto de Convenio. 1. La venta judicial debe ser ordenada por un órgano judicial de un Estado Contratante (u otra autoridad pública). 2. Que la venta se haya realizado de conformidad con la ley del Estado de venta judicial. 3. La venta debe haberse realizado conforme los requisitos de notificación establecidos en el artículo 4. 4. El buque se encontraba, en el momento de la venta, físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial. A) Tipos de buques cubiertos por el Convenio. B) El buque se encontraba físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial en el momento de la venta. C) Venta judicial de buque con equipamiento específico a bordo que no sea propiedad del propietario del buque: el buque como bien complejo. 5. Ventas judiciales excluidas de la Convención: cargas e hipotecas asumidas por el comprador. 6. La venta judicial confiere al comprador un título de propiedad limpio sobre el buque conforme a la ley del Estado de venta judicial. A) La función del “*clean title*” en la definición del ámbito de aplicación del Convenio. B) La definición de “título de propiedad limpio” en el Convenio. IV. Materialización de los efectos de la venta judicial. 1. Efectos en el Estado del Pabellón o de Registro (actuación del registrador). A) Venta judicial de un buque arrendado a casco desnudo. 2. Efectos en otro Estado Parte (no se debe volver a detener el buque después de la venta judicial). 3. Circunstancias en las que una venta Judicial no surte efectos internacionales. V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

1. A menudo, los propietarios y armadores de un buque se ven envueltos en situaciones de insolvencia con varios acreedores que van desde acreedores hipotecarios hasta diferentes proveedores y suministradores de bienes o servicios necesarios para la navegación. Ante esta situación, los acreedores suelen rastrear el buque hasta una jurisdicción donde pueden embargarlo fácilmente en aras a recuperar su crédito mediante su venta forzosa. Una vez que los acreedores han obtenido una sentencia favorable, y mientras el propietario o armador permanecen en mora, los acreedores deben hacer cumplir sus sentencias contra el buque, lo que invariablemente conduce a la venta judicial por subasta del activo para que los acreedores puedan recibir el pago con el producto de la venta.

2. Una vez que el acreedor hipotecario (generalmente una institución financiera internacional) tiene libertad para proceder con la ejecución de su crédito, lo hará a menudo mediante una venta judicial, ya sea recurriendo a una subasta pública o, principalmente en jurisdicciones de derecho común, mediante una venta privada aprobada y supervisada por un Tribunal. Si el acreedor hipotecario opta por ejecutar el reclamo mediante una venta judicial, la venta se realizará por el órgano judicial competente y el buque se venderá libre de cargas y gravámenes al mejor postor. Cuando esta etapa “desafortunada” llega, lo más importante es que el buque obtenga el mejor precio en el menor tiempo posible para los acreedores (registrados y no registrados) así como para el propietario original.

3. El reconocimiento internacional de las ventas judiciales surge de la absoluta necesidad de asegurar que cuando, luego de un embargo, el adquirente obtiene un título de propiedad sobre el buque libre de cargas para proceder a su uso, como un eslabón integral en la cadena del comercio internacional, sin temor a que antiguos acreedores puedan solicitar embargos posteriores e interferir así con su libre uso.

4. La venta judicial de un buque tiene, en la mayoría de las jurisdicciones, dos efectos importantes: en primer lugar, transferir la propiedad del buque al nuevo comprador; y, en segundo lugar, purgar todas las cargas e hipotecas existentes sobre el buque, transfiriendo dichos créditos al producto de la venta. Ambos efectos se pueden resumir con la expresión utilizada por el Convenio “título de propiedad limpio”: “título” respecto a la transferencia de propiedad al nuevo propietario y “limpio” respecto a la purga de cargas previas que opera con la venta.

5. El buque sigue existiendo teóricamente en la forma de un fondo que representa el producto de la venta en los tribunales, un fondo en el que los propietarios poseen un interés residual en el caso, a menudo improbable, de que exista un excedente de dinero después de la satisfacción de todas las

reclamaciones probadas. Pero, si el producto no fuera suficiente para pagar a todos los acreedores, se mantendrá la reclamación personal contra el propietario del buque.

6. Que el buque se venda libre y sin gravámenes asegura en la mayoría de los casos que el comprador puede cancelar y dar de baja el buque de su anterior bandera y volver a registrarlo con una nueva propiedad en un nuevo registro y nueva nacionalidad sin problema alguno. De esta manera, el comprador puede navegar por todo el mundo sin preocupación de volver a ser embargado por algún acreedor que no fue notificado de la venta judicial (o que incluso siéndolo, su crédito no fue totalmente satisfecho con el producto de la venta). La certidumbre que los operadores marítimos reclaman requiere un “*fresh start*” por su nuevo propietario respecto de las deudas existentes sobre el buque.

7. La materialización de estos efectos internacionales es: (1) a solicitud del comprador, el Registrador -en el Estado donde está matriculado el buque- cancelará cualquier hipoteca o carga registrada sobre el buque, y eliminará del registro la inscripción de este, para emitir un certificado de baja con el propósito de que el propietario pueda proceder a una nueva matrícula en el registro de su conveniencia; y (2) el Tribunal de un Estado Contratante desestimarán la solicitud de embargo, o liberará el buque si este ya ha sido embargado, cuando se le certifique la venta judicial previa.

8. En la actualidad no existen instrumentos marítimos uniformes sobre las ventas judiciales (excepto por la escasa adopción<sup>1</sup> de los Convenio sobre Privilegios Marítimos e Hipotecas navales de 1993 -en adelante, MLMC 1993- y de 1926, que contienen algunas normas sobre la venta forzosa de buques<sup>2</sup>). Las decisiones judiciales de venta sobre el buque se dictan de conformidad con la legislación nacional y, como tales, no tienen efectos extraterritoriales automáticos, a excepción de los tratados bilaterales de reconocimiento de sentencias entre Estados o, en el caso de la Unión Europea, el Reglamento de Bruselas I<sup>3</sup> y el Convenio de Lugano de 2007. La capacidad práctica del tribunal para otorgar un título de propiedad limpio que sean reconocido internacionalmente y pueda así desplegar todos sus efectos depende, en la actualidad, del grado de cooperación y reconocimiento internacional<sup>4</sup>.

9. Un Convenio como el propuesto por el CMI (y bajo la redacción actual de UNCITRAL) no solo favorecerá los intereses de los nuevos adquirentes, sino también a sus financiadores, que necesitan la seguridad de que el buque que están a punto de financiar está limpio de toda carga, para certificar que desde ese momento son los únicos y primeros acreedores. Esta certidumbre y el incremento del precio de la venta favorecerán igualmente al resto de acreedores -especialmente los acreedores marítimos privilegiados- que verán incrementadas sus opciones de recuperar su crédito tras la venta judicial.

## II. Recorrido histórico y estructura del Proyecto de Convenio sobre venta judicial de buques

10. El Proyecto de Convenio sobre Venta Judicial de Buques se remonta a un documento presentado por el profesor Henry Hai Li en 2007 en el que llamó la atención sobre los problemas que surgían en muchas jurisdicciones por la falta de reconocimiento de sentencias extranjeras que ordenaban la venta judicial de un buque<sup>5</sup>. Ante estos hechos, el Consejo Ejecutivo de CMI propuso que un Grupo de Trabajo Internacional realizara un estudio preliminar sobre la materia.

<sup>1</sup> Con tan sólo 18 Estados Contratantes es de destacar que entre estos no se encuentra ningún Estado del *common law*, ningún Estado financiador (como Reino Unido, EE.UU. o Japón), Estados de bandera (Panamá o Liberia), Estados constructores (Corea, China o Japón) y sólo tres Estados europeos.

<sup>2</sup> Artículo 13 del MLMC 1993.

<sup>3</sup> El Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>4</sup> P. MYBURGH, “Satisfactory for its own purposes: private direct arrangements and judicial vessel sales”, CML Working Paper Series, vol. 17/01, 2017.

<sup>5</sup> Publicado en el *CMI Yearbook* 2009, pp. 342-56.

11. Tras varias reuniones, coloquios y sesiones de trabajo (Buenos Aires 2010, Beijing 2012 -que da nombre al borrador del instrumento-, Dublín 2013 y Hamburgo 2014), el CMI consideró que un instrumento internacional llenaría el vacío dejado en esta materia por la escasa ratificación del MLMC 1993; y cubriría las necesidades comerciales que la industria marítima parecía requerir.

12. Tras varios intentos de patrocinio del Proyecto (la OMI en 2015 o la Conferencia de La Haya en 2016), se consideró que la CNUDMI era el foro apropiado para llevar a cabo esta labor legislativa (dada su dilatada experiencia legislativa en materias relativas a la insolvencia transfronteriza, Derecho marítimo o garantías mobiliarias). En su 51º período de sesiones, la Comisión de la CNUDMI se comprometió a desarrollar un instrumento internacional sobre venta judicial de buques y su reconocimiento internacional, encargando su elaboración al Grupo de Trabajo VI. El trabajo previo del CMI proporcionó un punto de partida útil y adecuado.

13. Después de varias sesiones del GT VI (mayo de 2019; noviembre de 2019; diciembre 2020 y abril 2021), el texto parece que va llegando a su redacción definitiva.

14. Si bien el Proyecto de Beijing fue concebido originalmente como una Convención (y en esa forma fue presentado por el CMI), durante las primeras sesiones algunas delegaciones propusieron la posibilidad de que el instrumento tomara la forma de una ley modelo. Sin embargo, hay un amplio apoyo para seguir trabajando sobre el supuesto de que el Instrumento tomará finalmente la forma de Convención.

15. La redacción actual del Instrumento (tras la tercera revisión del A/CN.9/WG.VI/WP.90), después de varias revisiones del borrador original, tiene la siguiente estructura:

- Una primera parte dedicada a la finalidad y propósito de la Convención (Artículo 1), junto con un artículo relativo a las definiciones -cuya extensión se ha reducido en cada nueva versión- (Artículo 2) y el ámbito de aplicación del Instrumento (Artículo 3), sin duda, uno de los artículos más importantes y discutidos del texto.
- Una segunda parte, que podríamos denominar “fase previa a la venta judicial”, está dedicada a cuestiones sobre la notificación de la venta a los interesados (y al Repositorio), bajo las normas procesales del Estado donde se realiza la venta (Artículo 4 y artículo 12).
- Y una tercera fase, denominada “fase post venta judicial”, y que ocupa la mayor parte de disposiciones del Instrumento, donde se regulan las diversas materias relacionadas con los efectos internacionales: (a) el certificado de venta judicial (artículos 5 y 11); (b) los efectos internacionales de la venta (Artículos 6 a 8 y artículo 10); y (c) la suspensión o anulación de la venta judicial (Artículo 9).

16. El Instrumento deja la fase de la venta judicial, de carácter eminentemente procesal, a la Ley del Estado donde la venta tiene lugar por el Tribunal competente<sup>6</sup>.

### **III. Condiciones para que una venta judicial de buque tenga efecto internacional bajo el paraguas del Proyecto de Convenio**

17. La venta judicial de un buque tiene, en la mayoría de las jurisdicciones, dos importantes efectos: (1) transfiere la propiedad del activo al nuevo comprador; y, (2) purga todos los créditos, cargas y reclamaciones que existan sobre el buque. Si con el producto de la venta no fuera suficiente para re-

---

<sup>6</sup> Desde el inicio, los redactores del Proyecto de Beijing reconocieron la imposibilidad de armonizar temas sobre procedimientos civiles en un instrumento internacional cuyo propósito es atraer el mayor número de Estados hacia su ratificación, centrandose su atención en el reconocimiento de los efectos internacionales de la venta en los Estados Contratantes, en lugar de dedicar parte de sus disposiciones regular el procedimiento de venta judicial como tal (a excepción del artículo 4 sobre la notificación).

sarcir a todos los acreedores, siempre perduraría la reclamación “*in personam*” contra el deudor (ya sea propietario registral del buque o armador no propietario)<sup>7</sup>. Ambos efectos se pueden resumir con la expresión utilizada por el Instrumento de la CNUDMI “título de propiedad limpio” o “*clean title*” (“título” en relación con la transferencia de propiedad del deudor al nuevo comprador por motivo de la venta, y “limpio” en relación con las cargas previas que se extinguen con la venta judicial).

**18.** Las condiciones para que una venta judicial de un buque realizada en un Estado Parte tenga efectos internacionales en otro Estado Parte, de conformidad con los términos del futuro Convenio, son:

1. La venta debe ser ordenada, aprobada o ratificada por un órgano judicial de un Estado Contratante (u otra autoridad pública designada a tal efecto), ya sea en subasta pública (*by auction*) o mediante acuerdo de las partes (*private treaty*) realizado bajo la supervisión y con la aprobación de un órgano judicial (Artículo 2.c.i);
2. Que la venta se haya realizado de conformidad con la ley del Estado de venta judicial (Artículo 3.1.b);
3. La venta debe haberse realizado conforme los requisitos de notificación establecidos en el artículo 4 (Artículo 6);
4. El buque se encontraba, en el momento de la venta, físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial (Artículo 3.1.a);
5. El producto de esa venta se ponga a disposición de los acreedores, de conformidad con la ley del Estado de venta judicial (Artículo 2.c.ii); y
6. La venta judicial ha de conferir al adquirente “título de propiedad limpio” sobre el buque (Artículo 3.1.b).

**19.** Si estos requisitos se cumplen, la venta judicial llevada a cabo en un Estado Parte entrará en del ámbito de aplicación del Convenio y éste desplegará sus efectos internacionales en el resto de Estados Contratantes.

### **1. La venta judicial debe ser ordenada por un órgano judicial de un Estado Contratante (u otra autoridad pública)**

**20.** Para que el Convenio despliegue sus efectos sobre una venta judicial de un buque -y tras varias modificaciones sobre este requisito-, ésta debe ser ordenada, aprobada o ratificada por un tribunal de un Estado Contratante (u otra autoridad pública), ya sea<sup>8</sup>:

1. mediante subasta pública [tras varios intentos, parece que se ha suprimido definitivamente del texto actual la exclusión de las “ventas realizadas tras el apresamiento o decomisa de un buque por autoridades fiscales o aduaneras”<sup>9</sup>]; o

<sup>7</sup> Las obligaciones que incumben “*in personam*” al propietario del buque no se ven afectadas por la venta judicial y, por lo tanto, no se extinguen tras esta, ya que no están afectadas al buque. Se ha recordado reiteradamente que el instrumento no afecta a ningún crédito *in personam* que pudiera existir contra el anterior propietario del buque en virtud del Derecho interno y que tampoco crea ningún crédito *in personam* si tal crédito no existía o si se había extinguido de conformidad con el Derecho interno.

<sup>8</sup> Algunas delegaciones han propuesto definir el término “autoridad competente”, dado que este puede ser utilizado para hacer referencia a tres autoridades diferentes, a saber: a) la autoridad que ordenaba la venta judicial, b) la autoridad encargada de realizar la venta judicial y c) la autoridad que expedía el certificado de venta judicial. Si bien se ha reconocido la necesidad de que el Instrumento respetara la diversidad de autoridades que intervenían en las ventas judiciales según los distintos ordenamientos jurídicos nacionales (A/CN.9/973 par. 83).

<sup>9</sup> En la segunda versión revisada se preveían dos exclusiones del ámbito de aplicación del Convenio: las ventas realizadas tras el apresamiento o decomiso de un buque por autoridades fiscales o aduaneras u otras autoridades encargadas de asegurar el cumplimiento de la ley (Artículo 3.2(a)) y los buques de propiedad de un Estado (Artículo 3.2(b)). En el 37º período de sesiones el GT decidió por amplia mayoría a suprimir la primera exclusión.

2. por acuerdo privado realizado bajo la supervisión y con la aprobación de un tribunal (ya que en varias jurisdicciones se reconoce una venta por tratado privado y una referencia a este método de venta judicial). Sin embargo, el GT acordó aclarar que una venta por “tratado privado” no es una venta privada sino más bien una venta realizada bajo la supervisión y con la aprobación de un tribunal<sup>10</sup>.

21. Se ha suprimido del texto actual una tercera posibilidad, contemplada en el Proyecto de Beijing, que permitiría una venta “por cualquier otro medio previsto por la ley del Estado de venta judicial”. En la práctica, sin embargo, la mayoría de los buques se subastan públicamente o se venden mediante acuerdo privado entre las partes, por lo que este método alternativo siempre fue residual.

## 2. Que la venta se haya realizado de conformidad con la ley del Estado de venta judicial

22. La segunda condición para que una venta judicial de un buque tenga efectos internacionales conforme a la Convención -y, por tanto, para que sea posible la emisión del certificado de venta judicial- es que esta se haya realizado de conformidad con la ley del Estado de venta judicial.

23. La ley del Estado en el que se lleva a cabo la venta judicial es la ley que determinará si confiere “título de propiedad limpio” según el significado del Convenio. Si el Estado de la venta judicial –siendo EC<sup>11</sup>- otorga al comprador título limpio sobre el buque, entonces se aplica el Convenio; pero, aunque el Estado de la venta sea Estado Parte, si esa venta en particular no purga las cargas previas -por tanto, no confiere un título de propiedad limpio-, entonces la venta estará fuera del ámbito de aplicación del Instrumento. No se emitirá, por tanto, un Certificado de Venta Judicial de acuerdo con el Artículo 5, y esta no podrá desplegar sus efectos internacionales.

24. El artículo 5 prescribe cuatro condiciones -muy similares a las ya enunciadas para la aplicación de la Convención a una venta judicial- para la emisión en favor del comprador del certificado de venta judicial<sup>12</sup> (no para la validez de la venta judicial, que debe ser prescrita por la ley del Estado de la venta):

- a) que la venta del buque se haya realizado de conformidad con la ley del Estado de venta judicial,

<sup>10</sup> A/CN.9/1007.

<sup>11</sup> La mayoría de las delegaciones han optado, sobre la base del principio de reciprocidad, por admitir el régimen de reconocimiento sólo a las ventas judiciales realizadas en un Estado Parte de la Convención (Artículo 1), expresando preferencia por un régimen de aplicación “cerrado” (tanto el Estado de la venta como los Estados donde se produzcan los efectos del Convenio deben ser Estados Contratantes).

<sup>12</sup> La presentación del Certificado implicará su reconocimiento automático por parte del Registro de un Estado Contratante encargado de la baja registral del buque. Tal es este efecto que el certificado de venta judicial a que se hace referencia en el artículo 5 estará exento de legalización u otra formalidad similar. El Grupo de Trabajo ha señalado que el certificado de venta judicial es por lo general un documento público en el sentido de lo dispuesto en el Convenio sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros de 1961 (“Convenio sobre la Apostilla”) y que, por lo tanto, quedará exento del requisito de legalización previsto en el art. 2 de ese Convenio entre los más de 100 Estados parte en el Convenio. El Convenio de 1993 ya incorporó un certificado que acreditaba la válida venta del buque libre de toda hipoteca, *mortgage* o gravamen tras cumplir con los trámites exigidos por el Convenio y la normativa interna (art. 12.5 del Convenio). En palabras del Prof. GABALDÓN, “particular interés posee, para la agilización del tráfico, el régimen del número 5 del artículo 12. A tenor de dicho precepto los registradores de los Estados Parte están obligados a cancelar todos los gravámenes inscritos (siempre a salvo de los tomados a su cargo por el comprador) y a inscribir el buque a nombre del adjudicatario o, en su caso, a librar certificación de baja a efectos de nueva matriculación. Basta por ello con que el interesado presente el certificado de venta forzosa, librado por la autoridad del Estado Parte que ha ejecutado la venta. En otras palabras, la escritura o documento público de venta judicial o administrativa es título suficiente, sin necesidad de exequatur, para que los registradores de los Estados Parte (en nuestro caso el Registro Mercantil competente) practiquen las pertinentes inscripciones, cancelaciones o bajas registrales” (Vid. J.L. GABALDÓN GARCÍA, “El Convenio Internacional sobre privilegios marítimos e hipoteca naval, Ginebra, 6 de mayo de 1993”, en J. L. IGLESIAS PRADA (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. T. III. Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Civitas, Madrid, 1996, p. 3762).

- (b) que la venta se haya realizado de conformidad con los requisitos de notificación del artículo 4,
- (c) que el buque se encontrase físicamente dentro del territorio del Estado de venta judicial en el momento de dicha venta,
- (d) que el comprador adquiriese un título de propiedad limpio sobre el buque por razón de la venta<sup>13</sup>.

25. La expedición de este Certificado se hará (a) de oficio o a petición del comprador (si bien hay un gran apoyo a que la expedición sea automática), (b) de conformidad con las reglamentaciones y procedimientos del Estado emisor (que es el de la venta judicial), (c) conforme al modelo que figura en el Anexo II del Instrumento, y (d) una vez “finalizada la venta” efectuada por el comprador de conformidad con la ley del Estado de la venta<sup>14</sup>.

26. Se expresaron opiniones divergentes sobre las dos opciones propuestas en el Artículo 5.1 (A/CN.9/WG.VI/WP.90) para insertar una condición adicional sobre el carácter definitivo o firme de la venta judicial en la que el certificado solo se emitirá si la venta ya no está sujeta a ningún procedimiento de apelación dentro del período de tiempo aplicable de acuerdo con la ley del Estado de venta judicial. La posibilidad de impugnar la venta -en caso de no firmeza de la resolución- después de la emisión del certificado daría lugar al tipo de incertidumbre que la Convención pretende erradicar. Esta situación de inseguridad jurídica afectaría no solo al nuevo propietario del buque, sino a todas las partes involucradas en la cadena de eventos posterior a la producción del certificado. En términos prácticos, es poco probable que surja la cuestión de la falta de firmeza si el Tribunal que supervisa la venta judicial era también la autoridad que expide el certificado, ya que normalmente esta se habría cerciorado de que el procedimiento había concluido. La finalización de la venta ya estaba asumida por el Artículo 5.1(c), que requería que el certificado registrara que el comprador había adquirido el título de propiedad limpio sobre el buque.

27. Se expresó un amplio apoyo a la opinión de que la firmeza de una venta judicial era una cuestión que debía definirse en la ley del Estado de la venta judicial. En derecho español, por ejemplo, el Tribunal sólo emitirá el “decreto de adjudicación” del bien (título pleno para la anotación de la compra-venta y traspaso de la propiedad del bien objeto de la subasta) una vez transcurrido el plazo otorgado a las partes para el posible recurso (Artículo 451 LEC). Emitido el decreto de adjudicación, el comprador podrá solicitar al Tribunal el Certificado conforme el artículo 5.

28. En consecuencia, el Grupo de Trabajo ha convenido en modificar la redacción del encabezamiento artículo 5 de la siguiente manera: “Una vez finalizada la venta efectuada al comprador de conformidad con la ley del Estado de la venta judicial, la autoridad pública designada por dicho Estado expedirá, de conformidad con sus reglamentaciones y procedimiento, un certificado de venta judicial al comprador en el que conste [...]”.

### **3. La venta debe haberse realizado conforme los requisitos de notificación establecidos en el artículo 4.**

29. La condición prevista en el artículo 6 de que la venta judicial se realice de conformidad con los requisitos de notificación establecidos en el artículo 4 se recoge en el Instrumento desde su primera versión (A/CN.9/WG.VI/WP.84). Sin embargo, ha sido puesta recientemente en tela de juicio dada la inquietud por parte de algunas delegaciones de que esa condición expondría a la venta judicial al riesgo de ser impugnada fuera del Estado de la venta, lo que es claramente incompatible con lo dispuesto en el

<sup>13</sup> El requisito de que el certificado se haya emitido a petición del comprador se ha eliminado de la tercera revisión del Instrumento.

<sup>14</sup> El concepto de “finalización” no debe entenderse, sin embargo, como la realización todos los actos que un comprador puede desear llevar a cabo en atención a la venta judicial, como son la cancelación de la inscripción del buque en el registro y su reinscripción.

artículo 9 (que confiere a los órganos judiciales del Estado de la venta judicial competencia exclusiva para conocer de las impugnaciones relacionadas con el procedimiento utilizado) y en el artículo 10 (que prevé la denegación de los efectos internacionales de la venta judicial exclusivamente por motivos de orden público), sobre la base de que dejaría a las autoridades del Estado de efecto (distintas del Estado de la venta judicial) la oportunidad de escudriñar si se han cumplido estos requisitos, la mayoría de los cuales habrían tenido lugar fuera de su jurisdicción.

**30.** Esto impondría una carga adicional al Registrador (junto a la obligación de registrar el buque y dar de baja el asiento previo) o los Tribunales (con respecto a la obligación de liberar el embargo del buque tras la venta) en esos otros Estados, lo que requeriría una evaluación de la legislación extranjera y la determinación de los hechos más fácilmente establecidos en el Estado de venta judicial. Todos ellos, a su vez, podrían socavar la eficacia del régimen de reconocimiento internacional en el marco del Instrumento.

**31.** La opinión predominante en la 38ª sesión del GT fue que los requisitos de notificación no debían utilizarse como condición independiente, sino que debían leerse junto con los del artículo 5. A tal fin se ha propuesto eliminar la condición y que, por consiguiente, se modificará el artículo 6 a fin de suprimir las palabras “siempre y cuando la venta judicial se realice de conformidad con los requisitos de notificación establecidos en el artículo 4”<sup>15</sup>.

#### **4. El buque se encontraba, en el momento de la venta, físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial**

##### **A) Tipos de buques cubiertos por el Convenio**

**32.** A efectos del Convenio, por “buque” se entiende “todo buque o cualquier otra embarcación que pueda ser objeto de un embargo preventivo o cualquier otra medida similar que pueda dar lugar a una venta judicial de conformidad con la ley del Estado de la venta judicial”. El GT todavía no se ha pronunciado sobre la posible necesidad de que el buque tenga que estar inscrito en un registro público como requisito para la aplicación de la Convención (Artículo 2.i)<sup>16</sup>. Se ha cuestionado durante las sesiones del Grupo de Trabajo si el Instrumento se aplicaría únicamente a la venta judicial de buques de navegación marítima o si también son objeto los buques utilizados para la navegación interior (cabotaje). Si se aplicara a los buques o embarcaciones utilizados para la navegación interior, el Instrumento colisionaría en parte con la Convención relativa a la Matriculación de Buques de Navegación Interior (1965) y su Protocolo núm. 2 relativo al Embargo y la Venta Forzosa de Buques destinados a la Navegación Interior.

**33.** La calificación de un buque o embarcación como “de navegación marítima” se establece en varios tratados marítimos internacionales a los que el GT se ha referido a lo largo de sus debates. Así, por ejemplo, el Convenio sobre Embargo de Buques de navegación marítima de 1952 y 1999 o el Convenio Internacional sobre Privilegios Marítimos e Hipotecas navales de 1993. En ninguno de estos Convenios se ha definido el término “buque de navegación marítima”. En el contexto de esos convenios, el término depende del uso o propósito del buque más que de sus capacidades, de modo que un buque destinado a la navegación por vías navegables interiores no es “navegable” incluso si este es capaz de navegar por el mar. Un buque destinado a la navegación marítima, pese a que navegue por aguas interiores, se le considerará en navegación.

<sup>15</sup> A/CN.9/1053, párr. 20.

<sup>16</sup> Desde el principio, el GT acordó expresamente excluir del ámbito de aplicación de la Convención a los buques propiedad del Estado o operados por este y utilizados solo en servicios gubernamentales no comerciales (incluidos buques de guerra o auxiliares).

34. La futura decisión del GT es aclarar si los buques de navegación interior deberían estar dentro del alcance del futuro Instrumento, o si la definición de un buque debería ser enmendada para excluir explícitamente a los buques de navegación interior (evitando así posibles conflictos con la Convención de Ginebra). La definición amplia del Artículo 2(i) puede incluir embarcaciones de recreo, buques o embarcaciones en construcción y embarcaciones de navegación interior (en lugar de aplicarse únicamente a la venta judicial de buques o embarcaciones utilizadas para navegación comercial como se sugirió al comienzo del proceso discusión del Instrumento). La mayoría de las delegaciones apoyaron mantener el Artículo 14.2 en su redacción actual, asegurando que los Estados Parte en el Convenio de Ginebra mantengan su derecho a aplicar las reglas del Convenio y su Protocolo entre ellos.

35. También se ha expresado cierto apoyo a limitar el ámbito de aplicación del Convenio solo a los buques “inscritos” (en un Registro que está abierto a la inspección pública) en un Estado Contratante. Si bien el GT no ha tomado una decisión definitiva al respecto.

36. La Convención guarda silencio sobre la venta en subasta pública por la Autoridad Portuaria de los buques hundidos o abandonados. La MLMC 1993, por su parte, *permite a los Estados Contratantes establecer en su legislación que, en caso de venta forzosa de un buque varado o hundido tras su remoción por una autoridad pública, los gastos de esa remoción se pagarán con el producto de la venta antes que todos los demás créditos que estén garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque* (Artículo 12.3). Las condiciones requeridas por este párrafo son que la remoción sea efectuada por una autoridad pública y que se realice en interés de la seguridad de la navegación o de la protección del medio ambiente marino.

37. En España los arts. 302 y 304 de la LPEMM permiten a la Autoridad Portuaria, en caso de abandono (Artículo 302) o hundimiento (Artículo 304), vender esos buques en subasta pública. Una vez declarado el abandono del buque por la Autoridad Portuaria, ésta procederá a su venta, depositando el producto de la venta en el Tesoro Público (alternativamente podrá hundir el buque cuando, por su estado, razones de seguridad marítima así lo aconsejen). En principio, nada impediría que este tipo de buques, ante un proceso de venta por la Autoridad Portuaria -y bajo el cumplimiento de las condiciones previstas por el Instrumento-, pudiesen recibir el mismo trato que la Convención dispensa para el resto de las naves.

## **B) El buque se encontraba físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial en el momento de la venta**

38. El proyecto de Convenio se aplicará únicamente si el buque se encontraba (1) en el momento de la venta (2) físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial (Artículo 3.1). Pese a que la soberanía de un Estado se extiende más allá de su territorio terrestre y mar territorial (en Alta Mar el buque está sujeto a la jurisdicción exclusiva de su pabellón -artículo 92 de la Convención sobre el Derecho del Mar-), esto no significa, que un buque que navega bajo la jurisdicción de su Estado de abanderamiento esté “físicamente dentro de su jurisdicción” (el uso del término “territorio” parece más adecuado al propósito del Convenio, dado que nos sitúa en un espacio físico y no legal como es el término “jurisdicción”)<sup>17</sup>.

39. Durante las sesiones del GT se han expresado diferentes opiniones sobre el significado de las palabras “en el momento de la venta judicial”. Para algunos Estados, el buque debe estar ubicado físicamente en el territorio del Estado de venta judicial desde el inicio hasta el final del procedimiento de venta judicial, es decir, desde el momento en que se realiza la notificación de venta hasta el momento

---

<sup>17</sup> En cuanto a la interpretación del requisito “dentro del territorio” existen algunas dudas sobre si el buque debe ser previamente embargado al momento de la venta, o si, por el contrario, tal situación no es un imprescindible para su posterior venta judicial conforme a la Convención.

en que se transfiera la propiedad del activo al nuevo comprador. Por el contrario, en otras jurisdicciones, el buque solo necesita estar ubicado físicamente en el territorio del Estado de venta al final del procedimiento, ya que un buque podrá estar autorizado, por la autoridad pública responsable de la venta, para seguir navegando pendiente de la venta judicial efectiva.

40. En la tercera revisión del Instrumento (A/CN.9/WG.VI/WP.90), muchas delegaciones recordaron que hubo un acuerdo general en el GT para considerar que un buque se encuentra ubicado físicamente dentro del territorio del Estado de venta judicial cuando lo está en la etapa final del procedimiento, es decir, cuando ha sido adjudicado al comprador. Pero, ¿qué sucedería si la venta judicial se inicia en un determinado Estado contratante y, durante el proceso, se autoriza por parte del Tribunal su salida para que el buque pueda seguir siendo explotado. ¿Qué sucedería? Quizás, una forma de soslayar este problema sea que el propio título de propiedad esté condicionado suspensivamente a la “arribada del buque” nuevamente al Estado donde se desarrolla la subasta pública. En cualquier caso, el “momento de la venta” se determinaría por referencia a la ley del Estado de venta judicial. Esta postura parece, sin duda, la más adecuada.

### **C) Venta judicial de buque con equipamiento específico a bordo que no sea propiedad del propietario del buque: el buque como bien complejo**

41. Cuando un Convenio aborda la definición de buque, a menudo lo hace para excluir los buques de guerra, buques auxiliares u otros tipos de buques que sean propiedad del Estado o estén operados por este y se utilicen únicamente en servicios públicos gubernamentales no comerciales. Sin embargo, en determinadas circunstancias, se requiere una definición precisa e instrumental del término. Este Proyecto de Convenio es un ejemplo y una oportunidad para hacerlo. Y lo es porque, sobre el buque, la Convención despliega los efectos extintivos de todos los créditos y derecho como consecuencia de la venta judicial.

42. Dado que el buque es un bien “complejo” (formado por una pluralidad de elementos<sup>18</sup>), es importante distinguir, en primer lugar, si esta purga de créditos y derechos previos -incluidos los de propiedad- también contempla las partes integrantes, como componentes y los accesorios o pertenencias a bordo del buque y cuya propiedad corresponde a otra persona distinta al propietario registral; y en segundo lugar, si sobre esos componentes o accesorios, aún siendo propiedad del propietario del buque, estando gravados con algún tipo de garantía mobiliaria registrada en nombre de un tercero (un financiador o una compañía de leasing de equipos móviles, por ejemplo), se extinguen con la venta judicial.

43. La definición de partes integrantes o accesorios/componentes varía en los diferentes sistemas legales<sup>19</sup>. Una venta judicial en la que el buque en su totalidad no sea propiedad exclusiva del deudor puede dar lugar a la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio si el “buque” no se define correctamente, dado que algunas “partes” o equipos accesorios no podrán incluirse en la venta y, por lo tanto, quedarán excluidas del reparto del producto de la venta entre los acreedores.

44. En caso de venta judicial de un buque, el propietario del equipo instalado en el buque (o un arrendador si los componentes son parte de un contrato de arrendamiento) podría querer retomar su posesión (como son los aparejos, sistemas electrónicos y de navegación, motores, grúas, botes salvavidas,

---

<sup>18</sup> Así, nuestra LNM lo define como bien compuesto de partes integrantes (aquellos elementos que constituyen la estructura del buque, de modo que no pueden separarse del mismo sin menoscabo de su propia entidad) y pertenencias (los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, pero que no integran su estructura). *Vid.* Artículo 60.

<sup>19</sup> De acuerdo con la legislación española (Artículo 60 LNM), el término “buque”, como bien mueble, se comprende de partes integrantes (elementos que constituyen la estructura del buque, de modo que no pueden separarse del mismo sin menoscabo de su propia entidad) y pertenencias (asignadas al servicio del buque de modo permanente). En el Reino Unido, el término utilizado es accesorios (*appurtenance*) y se ha sostenido que incluye todos los bienes que pertenezcan al propietario y que se encuentre a bordo (*The Eurostar* [1993] 1 Lloyd’s Rep. 106).

equipo mobiliario, etc.). Si bien la regla varía de una jurisdicción a otra, mayoritariamente la propiedad de elementos de terceros está protegida en caso de venta judicial, solicitando ante el Tribunal su derecho de propiedad mediante acción reivindicatoria (Artículo 348 Cc)<sup>20</sup>, dando a conocer su propiedad (adquirida antes de la incautación o la venta) ante el Tribunal (o Autoridad pública) que realiza la venta. Dado que el Convenio no regula estas cuestiones, el comprador observará cómo, durante el curso de la venta (o en algunos casos también después), terceros solicitarán que se retiren del buque algunos componentes que no sean de propiedad del propietario-deudor (lo que en algunos casos supondrá una retirada de oferentes del proceso de subasta o una disminución del precio ofrecido).

45. Por lo tanto, ¿qué sucede con esos equipos/instrumentos a bordo que no son propiedad del propietario del buque sometido en una venta judicial? ¿Qué sucede si una pieza de equipo esencial, por ejemplo, el sistema de tratamiento de agua de lastre o el equipo de navegación o comunicación que se encuentra en el buque no pertenece al propietario del buque, sino que es alquilado? ¿Debe tratar el Tribunal estos elementos como propiedad de un tercero? En tal situación, el comprador interesado puede (i) comprar el sistema a sus propietarios; (ii) retractarse de la compra del buque; o (iii) asumir el control del arrendamiento (subrogándose en la posición del anterior propietario). En el último caso, ¿Tiene su propietario derecho a reivindicarlos? ¿Obtiene el comprador un título de propiedad limpio? ¿Tiene derecho a un Certificado de venta conforme el artículo 5?<sup>21</sup>

46. Evidentemente, esta problemática es un asunto de la ley del Estado de venta judicial. De acuerdo con esa ley, el Tribunal decidirá el destino de tales equipos (lo que en muchos casos requerirá acudir a la norma del estado del pabellón *ex* artículo 10.2 Cc). En España, los negocios jurídicos sobre el buque (en los que se incluyen las ventas judiciales) comprenden las partes integrantes del buque y sus pertenencias, pero no sus accesorios (Artículo 62 LNM). No obstante, quedan exceptuadas las pertenencias inscritas en el Registro de Bienes Muebles a nombre de un tercero o cuyo dominio hayas sido adquirido por él con fecha anterior a la venta judicial (Artículo 62.2 LNM). Según el artículo 134 de la LNM, la hipoteca naval comprenderá tanto las partes integrantes como sus pertenencias, salvo lo dispuesto en el artículo 62 ya mencionado, para aquellos bienes inscritos en el Registro, en cuyo caso no se incluirían en la hipoteca. Por tanto, según nuestra legislación marítima, el derecho de propiedad sobre una pertenencia, inscrita a nombre de un tercero (por ejemplo, el motor, una grúa o determinados instrumentos de navegación) no se extinguirá con la venta (como efecto purgatorio título de propiedad limpio), lo que podría conducir a que dicha venta judicial quedase fuera del ámbito de aplicación de la Convención (situando a nuestro país entre aquellos que no resultasen atractivos para este tipo de procedimientos).

## 5. Ventas judiciales excluidas de la Convención: *cargas e hipotecas asumidas por el comprador*

47. En la primera versión del proyecto de Instrumento (A/CN.9/WG.VI/WP.82), la venta judicial tenía como principal efecto la propiedad libre de obligaciones y gravámenes, cuya definición exceptuaba aquellas cargas que el comprador tomase a su cargo.

<sup>20</sup> Esta es la situación también en Croacia, donde los bienes pertenecientes a un tercero no están incluidos en la venta judicial y su propietario tiene derecho a sustraerlos del buque antes de su enajenación (Artículo 900 del Código Marítimo de Croacia); en Inglaterra (en *The Silia* [1981] 1 Lloyd's Rep. 534. en p. 537, donde la Corte sostuvo que "en el contexto de una acción real, la palabra buque incluye todos los bienes a bordo salvo aquellos cuya propiedad pertenezca a un tercero que no sea el propietario del buque". La situación es similar en Francia o Alemania y en Noruega, aunque en circunstancias más limitadas (Artículo 45 Código Marítimo).

<sup>21</sup> Cabría preguntarse si un Certificado de venta judicial emitido por el Tribunal que registra una carga sobre parte del equipo móvil del buque podría incluirse en el ámbito de aplicación del Convenio, dado que en este tipo de situaciones no es raro que el comprador haga arreglos con los acreedores (ya sean hipotecarios o arrendadores financieros de equipos móviles del buque) para hacerse cargo del reembolso de los préstamos o del precio del equipo bajo el contrato de leasing. De lo contrario, para obtener un título de propiedad limpio, el comprador tendría que otorgar alguna garantía alternativa a los acreedores del equipo, permitiendo al comprador obtener un Certificado de venta judicial (así P. KRAGIC, "About the concept of Convention on judicial sale of ships", Vol. 55, ETL, 4/2020, párr. 18).

**48.** Muchas jurisdicciones permiten la posibilidad de que en una venta judicial de un buque el comprador pueda subrogarse, con el consentimiento de los acreedores, en la hipoteca o los gravámenes inscritos existentes sobre el buque (en nuestra LNM, véase esta opción en el artículo 484)<sup>22</sup>. Considerando esta posibilidad, el Proyecto de Beijing (asumiendo la redacción del Artículo 12 MLM 1993) inicialmente exceptuó, sobre el efecto de título de propiedad limpio de obligaciones y gravámenes, aquellas que fueron “asumidas por el comprador”. Tras esa primera revisión, muchas delegaciones señalaron que podría ser problemático admitir como excepción al título de propiedad limpio adquirido en virtud del Convenio los derechos “*que el comprador tom[as]e a su cargo*”. Se mencionó como ejemplo el caso de un comprador que hubiese tomado a su cargo una hipoteca previamente inscrita y que posteriormente solicitara la inscripción del buque en otro registro y el traslado de la hipoteca al nuevo registro para su abanderamiento. Se observó que el Proyecto de Beijing no preveía que el acreedor hipotecario inscrito diera su consentimiento para el traslado de esa hipoteca, ni obligaba al registrador a cancelar la inscripción de esta.

**49.** Además, esta subrogación en las hipotecas existentes solo beneficiaría al acreedor hipotecario, generalmente instituciones financieras internacionales, que accedería a financiar al adjudicatario en lugar de ser reembolsado con el producto de la venta. El acreedor hipotecario ve su crédito satisfecho y beneficiado por la subrogación (cuya prioridad, que se ubicaba irremediamente después del resto de privilegios marítimos, se ve ahora aupada a una posición privilegiada por motivo de la subrogación). Por el contrario, los acreedores marítimos verán cómo sus créditos son previsiblemente más difíciles de recuperar, debido a que el precio pagado por el adjudicatario se reducirá a la cantidad de capital cubierta por la garantía hipotecaria principal.

**50.** Dado que en la práctica los compradores que adquieren un buque en venta judicial no suelen tomar a su cargo las hipotecas, *mortgages* o gravámenes existentes, y ante la problemática “innecesaria” que podría ocasionarse, se sugirió suprimir la excepción de todas las disposiciones del proyecto de Instrumento<sup>23</sup>.

**51.** Uno de los problemas que podría aparecer al excluir estas ventas del ámbito de aplicación del Convenio es que en muchas ocasiones se desconoce hasta el último momento del proceso judicial si el adquirente asumirá las hipotecas o cargas anteriores, mientras que ya en ese momento procesal el Convenio ha tenido que ser aplicado (especialmente en todo lo relacionado con la notificación a las personas interesadas y al Repositorio -artículos 4 y 12-). Así, el Tribunal podría enfrentarse a la paradoja de aplicar el procedimiento de notificación del artículo 4, para luego excluir su aplicación porque el adquirente se ha subrogado en los gravámenes anteriores, y, por tanto, esa venta quedará excluida del ámbito de aplicación del Convenio. Por el contrario, si el Tribunal sigue los requisitos de notificación del artículo 4 (pese a no saber en ese momento si la venta judicial se incardinará en el ámbito de la Convención) y posteriormente se produce la venta sin que el comprador se subroge en la hipoteca existente, dicha venta quedaría incluida en el ámbito de aplicación del Convenio. Podría ocurrir en ese caso que el Tribunal no cumpliera con los requisitos de notificación de la Convención, dado el desconocimiento en esa etapa del proceso si la venta estará dentro de su alcance (aplicándose el procedimiento de notificación a los interesados contemplado por la ley interna del país). Si la venta finalmente confiere un título de propiedad limpio -porque el comprador no asume los créditos anteriores-, la Convención podría considerar, para evitar innecesarias exclusiones de su aplicación, una especie de reconocimiento “oficial” de ese proceso de notificación nacional (siempre y cuando cumple unos mínimos requisitos), y evitar así posibles nulidades o suspensiones de la venta por motivos del orden público.

<sup>22</sup> También otros países como Croacia, Nigeria, Turquía o Estonia, entre otros. *Ver Shipping 2019*, (Kevin Cooper, Editor) Getting the deal through, 2019.

<sup>23</sup> A/CN.9/973, par. 32.

## 6. La venta judicial confiere al comprador un título de propiedad limpio sobre el buque conforme a la ley del Estado de venta judicial

52. El Proyecto de Instrumento internacional no tiene por objeto el reconocimiento de las decisiones de venta de un buque en otro Estado (ya existen instrumentos internacionales para este propósito), sino el reconocimiento de los “efectos internacionales de una venta judicial”, siempre que dicha venta produzca una purga total de créditos sobre el buque<sup>24</sup>. En otras palabras, esta Convención es un “espejo” en el que se deben mirar las ventas judiciales que se realicen en un Estado Contratante, materializadas de acuerdo con su legislación nacional:

- a) Si el reflejo obtenido es el mismo (es decir, si hay total coincidencia en la purga total de créditos), y bajo los requisitos ya mencionados, entonces, esa venta judicial podrá expandir sus efectos internacionales sobre el adquirente en el resto de los Estados Parte una vez se haya obtenido el certificado previsto en el artículo 5 debidamente expedido (el certificado es, de hecho, condición para el reconocimiento de la venta).
- b) No obstante, si la venta judicial efectuada al amparo de la ley del Estado de la venta, por cualquier motivo, no otorga una purga total de los créditos, según lo previsto por la Convención, entonces dicha venta, a pesar de ser totalmente válida y efectiva en el Estado en que se ha llevado a cabo, no podrá expandir sus efectos internacionales en el resto de Estados Contratantes (excepto sobre la base de los acuerdos de reconocimiento bilateral/regional de sentencias extranjeras).

53. Parece claro que, si el comprador que ha ofertado por el buque en una venta judicial no puede adquirir un título de propiedad libre de gravámenes, la eficacia de la venta judicial se reduciría significativamente y, como resultado, el número de oferentes dispuestos a pujar por un buque se reducirán considerablemente. Esto afectará, sin duda, al precio de la venta, lo que hará que muchos acreedores no puedan ver satisfecho su crédito con la venta, teniendo que acudir vía acciones personales (*in personam claims*) contra el propietario deudor.

54. En las siguientes páginas se analizarán las ventas judiciales que otorgan un título de propiedad limpio a la nave, y especialmente el significado del término “*clean title*” (título de propiedad limpio<sup>25</sup>), y qué cargas, gravámenes o derechos se extinguen con la venta judicial y cuáles no.

### A) La función del “*clean title*” en la definición del ámbito de aplicación del Convenio

55. Si bien en algunos Estados se sabe desde el comienzo del procedimiento de venta judicial que dicho acto confiere al comprador un título de propiedad limpio, en otros no sucede siempre así. Si la Convención finalmente se aplica únicamente a una venta judicial que confiere un título limpio sobre el buque, sería difícil para esos otros Estados cumplir con las obligaciones impuestas en virtud del artículo 4, que requiere que se notifique a determinadas personas “antes de que se proceda a una venta judicial”. Se pueden considerar diferentes puntos de vista a este respecto<sup>26</sup>:

<sup>24</sup> No sería raro que resonase en la mente del lector esas palabras del Juez Sheen en el caso *Cerro Collorado* “*from time to time almost every shipowner wants to borrow money from his bank and to give as security a mortgage on a ship. The value of the security would be drastically reduced if, when it came to be sold by the Court there was any doubt as to whether the purchaser from the Court would get a title free of encumbrances and debts*” [*The “Cerro Collorado”* (1993) 1 Lloyd’s Rep. 58.]. En otras palabras, ninguna carga o gravamen, de la naturaleza que sea, seguirá al buque tras la venta judicial. Solo si se cumple esta condición, la venta logrará el efecto deseado, ya que nadie quiere pagar el precio de mercado por un buque si existe el riesgo de que las cargas anteriores puedan seguir siendo oponibles frente al buque tras la venta. *Vid.* H. HAI LI, “A Brief Discussion on Judicial Sales of Ships (paper presented at the CMI Athens Conference 2008)”, *CMI Yearbook*, vol. 2009, p. 342.

<sup>25</sup> Durante el trabajo se utilizan indistintamente ambos términos.

<sup>26</sup> A/CN.9/1047/Rev.1, par. 39.

1. Los requisitos de notificación deben aplicarse independientemente de si, en el momento pertinente, se tenía conocimiento o no que la venta judicial conferiría un título de propiedad limpio.
2. Los requisitos de notificación constituyen una condición para la emisión del Certificado de venta, y no un requisito independiente para las aplicaciones del Convenio.
3. El otorgamiento de título de propiedad limpio debe servir como condición para atribuir efectos internacionales a una venta judicial más que para definir el ámbito de aplicación del Convenio. No obstante, la opinión predominante es que el título limpio debería seguir siendo el elemento definitorio del ámbito de aplicación.

56. El entendimiento generalizado entre los redactores es que el Proyecto de Convención se aplica a las ventas judiciales realizadas en Estados donde la ley faculta al Tribunal para otorgar títulos de propiedad limpios al comprador de un buque en subasta pública (o por acuerdo privado entre las partes con supervisión y autorización judicial). En consecuencia, las ventas judiciales en las que no se otorgó un título de propiedad limpio al comprador de conformidad con la ley del Estado de venta, quedarían fuera del alcance del Instrumento.

## B) La definición de “título de propiedad limpio” en el Convenio

57. La redacción actual del Artículo 2(b) del Proyecto de Instrumento -después de la tercera revisión- propone solo una opción de las dos alternativas diferentes contempladas en versiones anteriores. Aunque no existe una diferencia sustancial entre las dos alternativas presentadas, ambas difieren en algunos aspectos: Por “título de propiedad limpio” sobre un buque [a] *se entenderá que se han extinguido todos los derechos de propiedad y demás derechos que existían sobre el buque antes de su venta judicial y que el buque ya no está gravado por hipotecas ni cargas;* [b] *se entenderá la propiedad libre y exenta de hipotecas o cargas.* La primera opción detallaba claramente todos los elementos de la noción de “título limpio”, si bien, incluía términos que podían ser difícilmente asimilables en otros sistemas legales. La opinión predominante dentro del Grupo de Trabajo en su tercera revisión se ha inclinado por mantener la segunda opción, que se consideró más clara, más concisa y mejor alineada con la terminología utilizada en el Proyecto de Convención<sup>27</sup>.

58. El artículo 1 del Proyecto de Beijing definía un “título de propiedad limpio” en los términos de esta segunda opción. Sin embargo, el Artículo 4.1 del Proyecto estipulaba que el efecto de una venta judicial no es solo otorgar un título limpio, sino también, en términos similares a la primera opción, extinguir todos los derechos de propiedad y demás derechos que existían sobre el buque antes de su venta judicial y que el buque, desde ese momento, ya no estará gravado por hipotecas ni cargas previas.

59. Sin embargo, la pregunta no resuelta es si el término “propiedad libre y exenta de hipotecas o cargas” purga con ello otro tipo de derechos existentes que repercuten en el buque, como son los contratos de arrendamiento a casco desnudo, los contratos de reserva de dominio, ventas condicionales o incluso, los privilegios marítimos nacionales (en virtud del artículo 6 MLMC 1993). La terminología escogida, que trata de incluir en el concepto de “*clean title*” el mayor número de derechos y gravámenes, otorga al sistema un grado elevado de flexibilidad y espacio para expandir su alcance a nuevas categorías distintas de las enumeradas en la definición, siempre que tengan las mismas características distintivas.

---

<sup>27</sup> Si bien, la primera opción diferenciaba nítidamente los “derechos de propiedad y demás derechos” que existían sobre el buque antes de su venta judicial, sobre los que el Convenio afirmaba su extinción tras la venta, de las “hipotecas ni cargas” existentes, que dejarán de gravar al buque, pero a las que el Convenio no imputa su extinción tras la venta, ya que estas cargas se transfieren al producto de la venta y dan derecho a su tenedor a participar en su distribución siguiendo las reglas de prelación que se le otorgan a cada uno de los créditos. La extinción total se produce cuando se lleva a cabo el reparto del producto de la venta.

### ¿Qué se incluye en el término “propiedad” (*title*)?

60. Tanto el término actual “propiedad” como la expresión “todos los derechos de propiedad y demás derechos que existían sobre el buque” (en la versión anterior) significan que con la venta judicial la propiedad sobre el buque es adquirida por el nuevo comprador. En la inmensa mayoría de jurisdicciones, la venta judicial constituye base legal válida y eficaz para transferir la propiedad sobre el buque. Este es el primer y más importante efecto internacional de la venta judicial otorgada por la Convención. Todos los derechos de propiedad sobre el buque (con los matices mencionados en la definición de buque) se extinguirán (a diferencia de las cargas y gravámenes, que simplemente dejan de grabar al buque), sin perjuicio del derecho de los acreedores a obtener una compensación con el producto de la venta judicial de acuerdo con la ley del Estado donde se lleve a término (quedando a salvo, por supuesto, la acción personal contra el deudor).

### ¿Qué “cargas” -en sentido amplio- dejan de grabar al buque en virtud de la ley del Estado de venta judicial?

61. Durante su vida, un buque puede verse afectado por multitud de cargas y gravámenes: desde la constitución de un derecho de hipoteca para su adquisición; créditos marítimos (así, por ejemplo, salarios debidos a la tripulación, suministros impagados de combustible, tarifas portuarias debidas, costes de reparación, remolcadores, etc.); contratos a largo plazo sobre el buque (ya sean contratos de fletamentos a casco desnudo como fletamentos por tiempo o por viaje). La completa extinción sobre el buque de todos ellos, y su reconocimiento internacional, es el principal objetivo de la venta judicial propuesta por el Instrumento (sobre la base de la purga total de créditos tras la venta). Por lo que todas aquellas ventas (por subasta pública o por acuerdo de las partes con aprobación judicial), que no confieren una purga completa, quedarán fuera del alcance de la Convención. Si bien la Convención no prejuzga su validez conforme a la ley del Estado de venta, simplemente estas no estarán dentro del ámbito de la Convención.

62. El Instrumento utiliza los términos “cargas e hipotecas” (*mortgages/hypothèques or charges*) como términos en los que incluye todos los gravámenes que pueden afectar al buque y que deberán ser objeto de la purga. Es fundamental, pues, determinar cuál es el significado que la Convención da a cada uno de los términos:

63. Las hipotecas o *mortgages* se incluyen en la definición de “título de propiedad limpio”. Para que la venta judicial tenga efecto extintivo de las hipotecas (dejar de embargar la nave), estas deben

- a) gravar al buque;
- b) estar inscrita en el Estado en cuyo registro de buques u otro registro equivalente esté inscrito el buque,
- c) esté reconocida como tal por la ley que resulte aplicable de conformidad con las normas de derecho internacional privado del Estado de la venta judicial]. Limitar el término “hipoteca” a toda hipoteca “reconocida como tal por la ley que resulte aplicable de conformidad con las normas de derecho internacional privado del Estado de la venta judicial”, especialmente cuando el término se utiliza para definir una obligación dirigida a Estados que no son el Estado de la venta judicial podía ocasionar problemas de reconocimiento<sup>28</sup>. Por ello, aunque se expresó cierto apoyo para mantener este requisito, una mayoría abogó por su eliminación después de la tercera revisión del Instrumento.

<sup>28</sup> La razón era que el “título de propiedad limpio” no sería reconocido por la Convención si la ley del Estado de venta judicial no reconocía una hipoteca registrada en el extranjero. Se observó que, en cualquier caso, era innecesario que el Convenio abordara el reconocimiento de hipotecas extranjeras, ya que no se ocupaba de la distribución del producto u otras cuestiones en las que la cuestión del reconocimiento pudiera tener consecuencias.

64. El término “carga” (*charge*) significa “*todo derecho de cualesquiera naturaleza y origen que pueda hacerse valer contra un buque, ya sea por medio de un embargo preventivo, un secuestro o cualquier otra vía, e incluirá los privilegios marítimos, los privilegios, los gravámenes, los derechos de uso y los derechos de retención, pero no las hipotecas*”. La definición de “carga” permanece sin cambios desde la segunda revisión del texto y en su 38º periodo de sesiones el GT acordó mantener el texto inalterado.

65. El Instrumento, bajo la expresión “*todo derecho de cualesquiera naturaleza y origen*”, parece adoptar un enfoque funcional de los créditos purgables: todos aquellos, de cualquier tipo (refiriéndose a su naturaleza, ya sean, entre otros, registrados o no registrados) y de cualquier modo que surjan (refiriéndose a su origen, ya sea legal o contractual), con la condición de que estos puedan hacerse valer contra el buque. Este enfoque elegido por la Convención podría responder, como lo hizo la Convención de Ciudad del Cabo<sup>29</sup>, a un “enfoque funcional” que agrupa las soluciones legales por su función (todas aquellas reclamaciones que pueden hacerse valer contra el buque), y no por su forma (ya sean embargos, pignoraciones, cargas, gravámenes, registrados o no, etc.), frente al llamado enfoque formalista, que obvia la función para centrarse únicamente en la configuración formal de las figuras jurídicas (así, une y da un tratamiento equivalente a los diferentes créditos sobre el buque y permite la simplificación del esquema dual existente de garantías en el derecho del *common law* y el derecho civil). Ello deja a las legislaciones nacional la tarea de determinar qué créditos cumplen esta función, independientemente de la configuración formal de las figuras jurídicas que haya otorgado la legislación nacional.

66. El Instrumento requiere dos condiciones para que estas cargas puedan considerarse dentro del alcance del efecto de título de propiedad limpio en el Instrumento:

- a) que *pueda hacerse valer* (en las formas que se enumeran a continuación) *contra un buque*
- b) los medios de implementación (es decir, el procedimiento para su ejecución): *ya sea por medio de un embargo preventivo, un secuestro o cualquier otra vía* (admitida por la ley del Estado de la venta judicial).

67. A pesar de esta aparente victoria del funcionalismo, la Convención completa la definición de “carga” enumerando una serie de elementos específicos que pueden caer dentro de la definición (entendidos a modo de *numerus apertus*). Así, incluirá los privilegios marítimos, los privilegios, los gravámenes, los derechos de uso y los derechos de retención, pero no las hipotecas<sup>30</sup>. En el último periodo de sesiones del GT, se ha acordado introducir una definición del término “carga inscrita” en la que se especificara el registro pertinente, de manera similar a como se había previsto en el Proyecto de Beijing original (dado que la referencia a “cargas inscritas” aparece en los artículos 4.1 a los efectos de notificación y en el artículo 7.1 como efecto de la cancelación).

**68. Privilegios marítimos:** Por “privilegio marítimo” (*maritime lien*) se entenderá todo crédito al que la ley aplicable reconozca el carácter de privilegio marítimo sobre un buque. La doctrina ha definido los créditos marítimos privilegiados como aquellos créditos “nacidos con ocasión de la navegación marítima y garantizados con privilegios”, siendo esta la prerrogativa concedida por la ley a determina-

---

<sup>29</sup> El Convenio de UNIDROIT sobre Garantías Internacionales Mobiliarias de 2001, junto con los Protocolos sobre bienes determinados grabados con garantía (aeronaves, satélites, material ferroviario, etc.), se ha revelado como uno de los Instrumentos internacionales con mayor éxito en el panorama internacional del Derecho Privado uniforme. Las dificultades que una materia como la propuesta conllevan (especialmente la unificación de criterios entre sistemas jurídicos tan diversos en materia de garantías y derechos de propiedad) se han visto superadas por el amplio consenso del que este Convenio está disfrutando. Actualmente (mediados de 2021) cuenta ya con 83 Estados contratantes, de los cuales, una parte importante son Estados en vías de desarrollo (signo inequívoco de la generosidad que ha mostrado el texto con ciertas jurisdicciones). Sobre esta Convención, y su posible aplicación a las garantías marítimas, *vid.* J.P. RODRÍGUEZ DELGADO, “Security Interests over Ships: From the Current Conventions to a Possible Shipping Protocol to the UNIDROIT Convention- Lege Data and Lege Ferenda”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 49, 2018.

<sup>30</sup> Durante los trabajos se ha reiterado la idea de que no todos los ejemplos enumerados en la versión en inglés de la definición podían traducirse fácilmente a otros idiomas.

dos créditos (de ahí su denominación como “privilegiados”). Esto se traduce en la atribución a su titular de una triple facultad de persecución, realización y preferencia en la venta judicial del buque sobre el que nació el crédito y para cuya satisfacción queda aquel real y especialmente afecto en garantía (de ahí su incardinación entre los derechos reales de garantía)<sup>31</sup>.

**69.** Se argumenta que un crédito es privilegiado porque otorgan al acreedor un derecho de (a) **realización** sobre el buque (consecuencia directa de la ficción legal de que es el propio buque el sujeto infractor); (b) **reipersecutoriedad**, es decir, el crédito sigue al buque allí donde va, con independencia de que se modifique la titularidad, matrícula o pabellón, con excepción de las ventas forzosas; y (c) **preferencia** en el cobro respecto de aquellos acreedores “comunes” o hipotecarios, quebrándose de esta manera el principio *par conditio creditorum*.

**70.** El término “privilegio marítimo” es utilizado por la Convención en una dualidad de situaciones: (a) para definir el término “carga” o “gravamen”<sup>32</sup> (que a su vez se usa para definir el término “título de propiedad limpio”); y (b) para definir las personas a quienes por su titularidad se les notificará la venta judicial del buque (Artículo 4.1)<sup>33</sup>.

**71.** La redacción originaria circunscribía los “privilegios marítimos” a todos los casos reconocidos por “la ley que resulte aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado *del Estado de la venta judicial*”. Se cuestionó, sin embargo, la necesidad de hacer referencia en la definición a las normas de derecho internacional privado del Estado de la venta judicial<sup>34</sup>. Por ello se ha optado por definir, en su redacción actual, el término “privilegio marítimo” mediante una referencia a los privilegios marítimos reconocidos por “la ley que resulte aplicable”.

**72.** Parece claro que para definir las personas a quienes por su titularidad se les notificará la venta judicial conforme al artículo 4, debe ser el Tribunal del Estado de venta judicial el que pudiera determinar cuáles eran los titulares de privilegios marítimos. En este sentido, la referencia a las normas de derecho internacional privado servía para aclarar que el tribunal no debía excluir automáticamente los privilegios marítimos no reconocidos por la ley del Estado de la venta judicial, sino que debía determinar la existencia de esos privilegios a la luz de la ley que los regía. Al mismo tiempo, se señaló que, a los efectos del título de propiedad limpio y, por ende, de la definición de “carga”, no era necesario ni conveniente limitar los privilegios marítimos a los reconocidos por las normas de derecho internacional privado del Estado de la venta judicial (en ese contexto, debería asignarse un sentido amplio al término “privilegio marítimo”).

**73.** A fin de evitar que se hiciera un doble uso del término en el proyecto de Instrumento (referirse a una dualidad legislativa según el privilegio se usase para definir el término “carga” -y por tanto el del título de propiedad limpio- o bien para determinar los sujetos objeto de notificación conforme al artículo 4) se sugirió que la referencia a las normas de derecho internacional privado del Estado de la venta judicial se suprimiera de la definición de “privilegio marítimo” y se sustituyeran simplemente por “ley aplicable”.

<sup>31</sup> Vid. por todos J.L. GABALDÓN GARCÍA; J.M. RUIZ SOROA, Manual de Derecho de la Navegación Marítima, 3 Ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 309-310.

<sup>32</sup> Si bien la definición de “carga” abarcaba los privilegios marítimos, no estaba vinculada a la ley aplicable como sí lo está la definición de “privilegio marítimo” en el artículo 2. Durante la 38ª sesión del GT se planteó la cuestión de si, en ausencia de ese vínculo, podría interpretarse que la definición de “carga” comprendía únicamente los derechos reconocidos por la ley del Estado del foro. El GT decidió sin embargo que no era necesario modificar la definición para hacer referencia a las cargas reconocidas por la ley aplicable.

<sup>33</sup> Un tercer elemento, referido a las personas que podían prestar la demanda o solicitud de que la venta judicial no tuviese efectos internacionales (Artículo 10), entre los que se enuncian a los titulares de privilegios marítimos, ha sido eliminado en la tercera revisión del texto.

<sup>34</sup> A/CN.9/1007, párr. 19.

74. Pero ¿a qué ley se refieren el Convenio con las palabras “ley aplicable”? ¿Con base en qué ley aplicable se reconoce el crédito como un privilegio marítimo? ¿A la Ley del Estado de venta judicial o a la Ley del Estado donde dicha venta producirá sus efectos -en el Estado de bandera o en el Estado de embargo posterior del buque-? En la última sesión del GT se preguntó, en palabras de la Secretaría, si quedaba claro a qué ley se hacía referencia con las palabras “ley aplicable”. Se observó que esas palabras darían cabida a que se aplicaran las normas de derecho internacional privado del Estado del foro. El Grupo de Trabajo, sin embargo, acordó mantener la definición revisada sin más modificaciones.

75. Los crédito marítimos, privilegiados o no, inciden en tres momentos procesales en la venta judicial de un buque: (1) como reclamo suficiente para el embargo preventivo del buque y su posterior venta judicial (situación fuera del alcance del Instrumento); (2) como crédito purgado o purgable como consecuencia de la venta judicial del buque de conformidad con la legislación nacional del Estado de venta; (3) como crédito purgado reconocido en el Estado de efecto de la venta, a fin de otorgar los efectos del título de propiedad limpio inscrito en el Certificado y, en su caso, proceder a la denegación del embargo preventivo iniciada por un acreedor marítimo insatisfecho o indebidamente notificado.

76. El problema de los privilegios marítimos es que el Tribunal del Estado de la venta judicial, al aplicar su ley nacional para proceder consecuentemente con la venta y poder purgar todos los privilegios marítimos que pesan sobre el buque, debe, previamente, reconocerlos, para posteriormente notificar a sus titulares del procedimiento (como sucedería en una venta judicial nacional). En este proceso de reconocimiento de gravámenes marítimos privilegiados, el Tribunal aplicará, en primer lugar, su derecho interno sobre privilegios marítimos (si así lo considera) y, en segundo lugar, sus normas de conflicto de leyes (en algunas jurisdicciones, como en el Reino Unido, será la *lex fori*, pero en otras, como en España, la ley del pabellón del buque -con toda probabilidad, ley extranjera-).

77. El problema surgirá, en este último punto, una vez adjudicado judicialmente buque a su nuevo propietario, y se presente entonces una solicitud de embargo contra el buque en un tribunal de un Estado Parte distinto al de la venta judicial. ¿Qué sucede si un crédito marítimo sobre un buque se reconoce en el Estado de venta judicial pero no en el Estado de embargo? El Tribunal admitirá los efectos de título de propiedad limpio reconocidos en el Certificado que el comprador deberá presentar para solicitar el levantamiento del embargo preventivo el buque. El Tribunal de ese otro Estado Parte no tendrá nada que objetar al reconocimiento del efecto extintivo del crédito marítimo sobre el buque, dado que, por ser Estado Contratante del Convenio, el reconocimiento de la venta judicial será “automático”.

**78. Derecho de uso sobre el buque:** El término “derecho de uso” (*right of use*) que figura en la definición de “carga” no aparece definido por el Instrumento, y esta carencia podría dar lugar a problemas interpretativos<sup>35</sup>. Durante la 37ª sesión se debatió si la definición de “carga” debería incluir, como efecto de la purga, también al contrato de arrendamiento a caso desnudo (en adelante también *bareboat charter*). En opinión de algunas delegaciones y observadores, el hecho de que el término “carga” incluya ya el término “derecho de uso” sugiere que el *bareboat charter*, como derecho de uso que es, debería ser purgado para incardinarse dentro de los efectos de la venta judicial (si bien, esto es algo que debe prescribir, como indicaremos en el capítulo siguiente<sup>36</sup>, la ley nacional del Estado de venta). Si embargo,

- Si la referencia al “derecho de uso” en la definición actual de *carga* puede entenderse como cualquier acuerdo relacionado con el uso o arrendamiento del buque, ya esté incluido en un contrato de arrendamiento o de otro tipo, entonces la definición también cubre, no sólo los arrendamientos a casco desnudo, si no lo fletamentos por viaje o por tiempo; y todos ellos

<sup>35</sup> Algunas delegaciones han valorado incluir *expressis verbis* en la definición de carga el “*bareboat charter that, according to the law of judicial sale, survives such sale*”, o alternativamente, añadir junto al derecho de uso “including bareboat charter that survives the sale”. Sin embargo, creemos que esto, aunque es una posibilidad, no erradicaría el problema.

<sup>36</sup> *Vid.* Apt. IV.1A).

se terminarán con la venta judicial. En otras palabras, el comprador no estará obligado por estos contratos sobre el buque previamente acordados. En este sentido, el término “arrendamiento a casco desnudo” o *bareboat charter* estaría incluido, a modo de *numerus apertus*, entre los “[...] *derechos de cualesquiera naturaleza y origen que pueda hacerse valer contra un buque*”, en la definición de “carga”<sup>37</sup>.

- Sin embargo, si la intención de la Convención, debido a que el término ha sido expresamente excluido de la lista, es eximir dichos contratos, dejando su interpretación a la ley del Estado de la venta judicial (por lo que el contrato a casco desnudo -o fletamentos por tiempo/viaje- serán o no considerado como un “derecho de uso” según cada jurisdicción), entonces, los arrendamientos registrados sobrevivirán en algunos países a la venta (en España, *vid.* artículos 190 y 196 LNM) y el comprador asumirá el contrato de arrendamiento existente<sup>38</sup>.

#### IV. Materialización de los efectos de la venta judicial

79. El propósito del Convenio es regular los cuatro principales efectos internacionales de la venta judicial (excluyendo, a propósito, los efectos internos en el Estado de venta judicial). De los efectos comentados, tres son efectos positivos o permisivos (los que se producen en el Estado de registro del buque) y uno tiene carácter negativo o preventivo (el que se produce en cualquier otro Estado Contratante). Estos son: (a) transferir la propiedad del buque (Artículos 3 y 6); (b) cancelar todas las hipotecas y todas las cargas inscritas que graven el buque (incluidos los créditos marítimos) en el Estado del Pabellón (Artículo 7); (c) dar de baja el buque del registro (y solicitar, si se desea, que se expida un certificado de cancelación a los efectos de la nueva inscripción del buque a favor del comprador) (Artículo 7); y (d) ante la petición de embargo preventivo del buque (o cualquier otra medida similar), la capacidad para solicitar ante el Tribunal que conozca del embargo que desestime dicha petición ante la exhibición del certificado de venta judicial, o si el buque ya está embargado, solicitar que se levante dicha medida que pesa sobre el buque (Artículo 8).

##### 1. Efectos en el Estado del Pabellón o de Registro (*actuación del registrador*)

80. Tras la presentación del certificado de venta judicial -al que se refiere el artículo 5- en un Estado Parte (en el idioma oficial del registrador o una traducción autenticada) y de conformidad con la legislación de ese Estado, el Registrador u otra autoridad competente<sup>39</sup> deberá:

- a) cancelar todas las hipotecas y todas las cargas inscritas que graven el buque,
- b) dar de baja el buque del registro y emitir un certificado de cancelación a los efectos de la nueva inscripción (bajo cualquier otro pabellón);
- c) inscribir el buque a nombre del comprador, si este así lo solicita, y
- d) actualizar el fichero registral añadiendo cualquier otro dato pertinente que conste en el certificado de venta judicial

<sup>37</sup> Así, P. KRAGIC, “About the concept of Convention on judicial sale of ships”, Vol. 55, ETL, 4/2020, párr. 17, quien considera el alquiler a casco desnudo como una *carga*.

<sup>38</sup> En este sentido, podría considerarse que la relación contractual otorga al fletador a casco desnudo un derecho a poseer y utilizar el buque superior al derecho del comprador tras la venta judicial. Derecho que podrá hacerse efectivo tras la venta judicial ante el nuevo comprador. Algunas delegaciones han propuesto introducir una aclaración en la Nota Explicativa que explique que en la noción de “derecho de uso” de la definición de “carga” debe incluirse también el arrendamiento a casco desnudo.

<sup>39</sup> Se ha insertado la palabra “competente” como calificativo de “Registrador” para aclarar que puede haber más de un Registrador en un Estado Parte (A/CN.9/WG.VI/WP.87, nota 32). Esta es la situación en España, como en otras muchas jurisdicciones, donde nuestro sistema dual obliga a inscribir el buque en el Registro de Matrícula -que otorga la nacionalidad- y en el Registro de Bienes Muebles, en el que se registran las cargas y gravámenes sobre el buque.

81. Este efecto no se aplicará si un tribunal del Estado del registrador u otra autoridad determina, en virtud del artículo 10, que el efecto de la venta judicial sería [manifestamente] contrario al orden público de ese Estado (Artículo 7.5).

### A) Venta judicial de un buque arrendado a casco desnudo

82. La deuda por la que se solicita el embargo y posterior venta judicial de un buque puede provenir, en el caso de un arrendamiento a casco desnudo *-bareboat charter-*, bien del propietario/armador o del arrendatario. En el caso del propietario del buque, la venta será exigida por los acreedores hipotecarios garantizados (generalmente, instituciones financieras ante el impago de la hipoteca) o por los reparadores de buques en caso de que el contrato a casco desnudo imponga este deber al propietario o armador. En el caso del arrendatario, la venta será exigida por los acreedores con créditos garantizados por un privilegio -los *lienholders* o acreedores marítimos- (generalmente como consecuencia de impagos de sueldos a la tripulación, impagos de tasas portuarias, etc.).

83. Sin embargo, un tema que a nuestro juicio queda pendiente es si el arrendamiento a casco desnudo debe considerarse un “derecho” o “carga” a efectos de “título de propiedad limpio” que otorga la Convención al comprador tras la venta, o si, por el contrario, estamos ante un “contrato” que pervive a la venta judicial<sup>40</sup>. ¿Está el comprador obligado, en algunas jurisdicciones, a cumplir con el arrendamiento existente (y, por lo tanto, no puede tomar posesión en el buque tras la venta), o podría invocar la Convención y solicitar al Estado de la venta judicial un Certificado que confirme su “título de propiedad limpio”, incluso del arrendamiento, sobre el buque adquirido? Una u otra decisión hará que los arrendatarios pueden verse en una posición vulnerable si el contrato se rescinde con ocasión de la venta judicial<sup>41</sup>.

84. En términos similares al MLMC 1993, el Instrumento establece que en los supuestos en los que el buque estuviese inscrito en un Estado Parte bajo un contrato de arrendamiento a casco desnudo (que no es el Registro de bandera original debido al cambio temporal de pabellón), el Registrador competente (u otra autoridad competente) dará de baja el buque del registro y expedirá un certificado de cancelación de la inscripción a petición del comprador (Artículo 7.2). Con este certificado de cancelación, el nuevo propietario podrá solicitar al registrador en el originario Estado de abanderamiento la cancelación de cualquier hipoteca o carga registrada sobre el buque y la eliminación del buque del Registro.

85. Esta disposición se basa en el hecho de que el arrendamiento se termina con la venta judicial. No obstante, si en el Estado de la venta tal trámite no extingue la relación contractual entre el propietario y el fletador/armador, el arrendamiento seguirá existiendo y, por tanto, la venta no quedará sujeta a los efectos de la Convención (dado que esta no otorgará un título de propiedad limpio al comprador). Durante las discusiones del GT, se señaló que, en algunas jurisdicciones (como por ejemplo España, Japón o Alemania), los derechos de los arrendatarios a casco desnudo (el derecho de uso o *right of use*) sobreviven a una venta judicial<sup>42</sup>, incluso aunque en estas jurisdicciones, la mayoría de las ventas judiciales resultarán en la concesión de un título limpio de propiedad<sup>43</sup>. En otros ordenamientos jurídicos,

<sup>40</sup> Se ha sostenido por parte de la doctrina que los eventuales contratos de arrendamiento a casco desnudo sobre el buque han de tenerse por cancelados tras la venta judicial (J. FRANCO ARIAS, “Artículos 480 a 486”, en J.A. RUEDA MARTÍNEZ/I. ARROYO (Dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Aranzadi, 2016, p. 1444), si bien hay también posiciones contrarias (F. BERLINGIERI, “The 1993 Convention on Maritime Liens and Mortgages”, LMCLQ, 1995, p. 71).

<sup>41</sup> Cuando se llega a una situación de venta judicial del buque, lo más importante, por el bien de todos los interesados, es que el buque se venda al mayor precio posible y en el menor tiempo, ya que un buque embargado, atracado en puerto, tiene un coste diario muy elevado (tasas portuarias, mantenimiento, asesores, peritos, etc.). Sin embargo, pese a esta urgencia, parece evidente que el arrendatario a casco desnudo es ajeno a las circunstancias que motiven la venta judicial, y sin embargo podrá verse afectado por esta.

<sup>42</sup> A/CN.9/1007, par. 44.

<sup>43</sup> El Artículo 11 de la Convención sobre privilegios marítimos e hipoteca naval de 1967 establece, en términos similares a los enunciados, que “ningún contrato de fletamento o contrato para el uso del buque se considerará un gravamen o carga a los

los arrendamientos pueden considerarse un “derecho” (*interest o right of use*), que obviamente se liquida con la venta judicial, otorgando al comprador un buque libre de todas las cargas.

**86.** En lo que respecta a la legislación española, “*en caso de enajenación del buque [en virtud de un negocio jurídico en el que se incluyen las ventas judiciales], el adquirente quedará subrogado en el contrato de arrendamiento existente, siempre que estuviese inscrito en el Registro de Bienes Muebles o conociese efectivamente su existencia al tiempo de la venta. En otro caso, quedará extinguido el contrato, con independencia del derecho del arrendatario a ser indemnizado por el arrendador*” (Artículo 196 LNM). En consecuencia, el arrendamiento a casco desnudo no se extinguiría con la venta -a pesar de las cláusulas contractuales que pudieran existir en el contrato de arrendamiento<sup>44</sup>-.

**87.** El artículo 196 utiliza el término “enajenación” para delimitar los casos a los que se aplica la subrogación se establece explícitamente a continuación en el contrato de arrendamiento de buque por parte del adquirente. Este término, ciertamente confuso, podría interpretarse de diversas maneras: (1) la referida únicamente a la transmisión voluntaria, (2) la referida a la venta forzosa del buque, o (3) en referencia a cualquiera de los negocios traslativos de la propiedad del buque. Si optásemos por la primera, la venta judicial tendría como efecto sobre el contrato de arrendamiento de buque que este quedaría extinguido (como si el contrato fuese tratado como uno más de los derechos -de uso en este caso- que se purgan con la venta judicial). Por el contrario, si optásemos por la segunda o tercera de las opciones, el adquirente quedará subrogado (por subrogación legal) en el contrato de arrendamiento existente, siempre que estuviese inscrito en el Registro de Bienes Muebles.

**88.** La Legislación marítima parece optar por esta segunda interpretación ya que el término utilizado en el artículo 196 LNM (“enajenación”) es el escogido en la Exposición de Motivos de la Ley (epígrafe XI) para referirse también a la venta judicial: “*En el capítulo III se regula (...) la venta forzosa del buque, sea judicial o administrativa, articulándose como una especie de «purga» respecto de todos los gravámenes que sobre el mismo pudieran pesar. Se basa en un adecuado sistema de publicidad y notificaciones –que en el caso de hipotecas al portador y privilegios de titular desconocido sólo son posibles a favor de quienes hubieran comunicado la existencia del crédito– antes de proceder a la enajenación*”. Parece evidente que el Legislador, mediante el uso de este término en ambas localizaciones, ha querido referenciar los efectos subrogatorios del artículo 196 LNM también a la venta judicial. Igualmente, la LPEMM, al referirse a la venta en pública subasta de un buque abandonado (Artículo 302 LPEMM) utiliza el término “enajenación” a la hora de indicar el destino donde remitir el producto de dicha subasta judicial.

**89.** En España, por tanto, el arrendamiento a casco desnudo no se extingue con la venta judicial, por lo que una venta conducida en nuestro país, o en jurisdicciones similares, puede presentar sobre el texto de la Convención algunas particularidades:

**90. Venta de un buque español en el extranjero:** Si la venta judicial se lleva a cabo en una jurisdicción distinta a la española, el Tribunal de la venta, si bajo su legislación nacional el *bareboat charter* es un “*right of use*” purgable con la venta, emitirá el Certificado con la intención de acreditar efectos extintivos en nuestro país (porque bajo la legislación del Estado de la venta, el arrendamiento es considerado una “carga”). Cuando el comprador acuda al Registrador español para cancelar el buque del Registro de abanderamiento temporal, previa presentación del certificado deberá notificarle de la

---

efectos de este Artículo”. Los *Travaux Préparatoires* del MLMC 1993 contenían una declaración similar en el artículo 12 con la intención de aclarar que la regla por la cual todos los “gravámenes” tras la venta dejan de gravar al buque no implicaba que un contrato de arrendamiento de buque existente no fuese vinculante para el comprador. El CMI sugirió, sin embargo, que se suprimiera esta disposición.

<sup>44</sup> En este sentido, entre otros, J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Arrendamientos de buques y derecho marítimo Con especial referencia al Derecho de Formularios*, Tirant, Valencia, 2006, p. 913.

existencia de este contrato de arrendamiento a casco desnudo inscrito, y la posible subrogación en el mismo. Sin embargo, entendemos que la primacía del Convenio internacional (por medio del Certificado), permitirá al nuevo propietario solicitar la cancelación registral del arrendamiento a casco desnudo (pese al mencionado artículo 196).

**91. Venta de un buque extranjero en España:** Si la venta judicial se realiza ante nuestros órganos judiciales, la purga total de créditos dependerá de la consideración que tengamos del *bareboat charter*.

- A) Si este es considerado un “*right of use*” y es incardinado dentro del término “carga” del Convenio, dado el contenido del artículo 196 LNM -y siendo la ley del Estado de venta la española la que determinará el título de propiedad limpio-, este no se extinguirá con la venta judicial, tal y como hemos anticipado. Es por ello por lo que el Tribunal no emitirá el certificado conforme al artículo 5, y esta venta no podrá desplegar sus efectos internacionales (especialmente en el Estado de Registro del buque, que, para poder cancelar la matrícula, deberá reconocer extraconvencionalmente la venta conducida en nuestro país), quedando fuera del alcance internacional del Instrumento. Ello no impide, sin embargo, que la venta judicial sea válida y suponga una transferencia de propiedad sobre el buque en favor del nuevo comprador<sup>45</sup>.

Si, como hacen algunos autores<sup>46</sup>, interpretan los artículos 190 y 196 única y exclusivamente para la venta privada (en lugar como defendemos aquí en favor de todo tipo de enajenación), entonces parece lógico que el arrendamiento a casco desnudo sufra el mismo destino que el resto de las cargas en caso de venta judicial. En cualquiera de los casos, la polémica está servida.

- B) Si este contrato no es considerado una “carga” según la Convención, entonces su supervivencia tras la venta es indiferente. Por ello, el Tribunal podrá emitir un certificado conforme al artículo 5, documentando que la venta ha otorgado al comprador un título de propiedad limpio de todas las cargas y gravámenes anteriores -nuevamente, a excepción del contrato de arrendamiento a casco desnudo-. Con este Certificado, el nuevo comprador podrá solicitar la cancelación en el Registro del Estado de abanderamiento temporal del buque. El Registrador de este Estado Contratante, ante la presentación del certificado, procederá a cancelar dicho registro. Esta venta judicial entrará dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

**92. Venta de buque español en España:** Nos encontramos en una situación similar a la prevista anteriormente. Todo dependerá de la consideración del *bareboat charter*, con la diferencia de que el Registrador que dará efecto al posible Certificado de venta judicial que se emita será también español. Según sea la consideración del *bareboat*, la solución será una u otra de las ya contempladas.

**93.** Parece evidente, por tanto, que (1) la calificación del contrato de arrendamiento a casco desnudo como “derecho de uso” incardinando dentro del término “carga” es la cuestión nuclear para resolver el problema al que nos hemos referido y (2) que dicha calificación dependerá exclusivamente, porque así lo ha decidido la Convención, de la legislación del Estado de la venta judicial.

---

<sup>45</sup> En ese tipo de situaciones, España (y otras jurisdicciones como Alemania o Japón) no será un escenario amigable para el comprador en el que se lleve a cabo una venta judicial de buque. Véase, sin embargo, sobre la posible modificación del régimen legal, párrafos 95 y ss. de este artículo. Si el arrendamiento a casco desnudo se considerase una “carga” a efectos de la Convención, bajo el término “derecho de uso”, y el comprador deseara asumir ese contrato existente, para continuar obteniendo ingresos económicos sobre el buque arrendado, esa venta judicial no estaría sujeta al ámbito de aplicación de la Convención.

<sup>46</sup> J. FRANCO ARIAS, “Artículos 480 a 486”, en J.A. RUEDA MARTÍNEZ/I. ARROYO (Dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Aranzadi, 2016, p. 1.444.

94. Incluir en la definición de “carga/charge” el término “bareboat charter”<sup>47</sup>, aunque es una posibilidad, creemos, no erradicaría, al menos en nuestro país, el problema. Sin embargo, esto puede hacer que algunos Estados se opongan a la ratificación del Convenio, ya que, si el texto menciona que el arrendamiento a casco desnudo debe ser considerado una “carga” purgable bajo el efecto del Convenio, algunas jurisdicciones se verán forzadas a enmendar su legislación interna y adaptar sus normas al texto uniforme para poder mantener la aplicación del Convenio cuando exista un contrato de arrendamiento vigente en el momento de la venta. Es muy posible que después de tal discusión, las leyes de los respectivos Estados que reconocen el principio romano bien establecido “*emptio non tollit locatum*” quieran enmendar su legislación y decir explícitamente que una venta judicial de un buque pone fin a cualquier arrendamiento. En caso contrario, existirá un desequilibrio entre la legislación interna -en la que el arrendamiento sobrevive a la venta- y el Convenio internacional -que sólo resultaría aplicable si el *bareboat charter* no obliga al comprador-.

95. Todo lo dicho hasta aquí es sobre la base de la normativa actual (mediados de 2021). Sin embargo, fruto de las negociaciones en el Grupo VI de UNCITRAL sobre el futuro Convenio sobre reconocimiento de las ventas judiciales de buques, en cuyas deliberaciones España está participando, la Asociación Española de Derecho Marítimo (AEDM) ha presentado a la Dirección General de la Marina Mercante una propuesta de reforma del artículo 196 anteriormente mencionado (con la intención de que esta sea introducida en el Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley de Navegación Marítima que se está actualmente tramitando). La AEDM entiende que “la norma prevista en el artículo 196 de la LNM debe limitarse a los supuestos de venta voluntaria del buque y no a los supuestos de su venta forzosa. Lo que se pretende es que cualquier adquirente de un buque en sede de ejecución forzosa pueda obtener la propiedad del buque libre de cargas, tal como prevé la LNM, y además su posesión al margen de los efectos del contrato de arrendamiento en vigor en el momento de la venta (figure dicho contrato inscrito en el Registro de Bienes Muebles o no)”. Para ello se propone un nuevo párrafo al artículo 196: “*Este régimen no será aplicable en los supuestos de venta forzosa del buque, en pública subasta, judicial o notarial, en cuyo caso quedará extinguido el contrato, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al arrendatario frente al arrendador*”<sup>48</sup>.

96. En caso de que este precepto fuese enmendado, España se situaría entre aquellos Estados en los que la venta judicial de un buque no sólo purga por completo todas las cargas y gravámenes sobre el buque, sino que además extingue los contratos de arrendamiento a casco desnudo sobre el buque, convirtiéndose ahora sí, en un escenario amigable para compradores en el que proceder a la venta judicial de buques.

97. Pese a todo lo anterior, algunos autores han señalado, sin embargo, que este tipo de situaciones serán extremadamente raras en la práctica<sup>49</sup>, dado que si es el propietario quien tiene la deuda objeto de la venta judicial, será infrecuente que se lleve a cabo una venta contra el buque, debido a que en algunos casos el arrendatario a casco desnudo paga el *hire* directamente al banco en lugar de al propietario (como garantía del préstamo), lo que hace inusual las deudas del propietario con los acreedores hipotecarios.

<sup>47</sup> Véase Cl. 19 SALEFORM 2012.

<sup>48</sup> Evidentemente este nuevo régimen que se propone, lo es sin perjuicio de los derechos del arrendatario del buque frente a su armador.

<sup>49</sup> Una cuestión que resulta también controvertida, además de la mencionadas con anterioridad, es la posible primacía de las cláusulas contractuales que en él pudiesen existir. Así, por ejemplo, la cl. 25 BARECON establece que en el caso de que los propietarios sean privados de la propiedad del buque por adquisición obligatoria (habría que ver si la venta judicial estaría aquí incluida), el arrendamiento se considerará terminado. Aunque BIMCO ha introducido dos nuevas cláusulas en el formulario BARECON que tratan de la terminación y la reposición o recuperación del buque, ni la una ni la otra se aplican expresamente a la terminación del contrato por razón de adquisición obligatoria. ¿Prima entonces la voluntad de las partes sobre el texto del artículo 196 LNM? Ante el aparente carácter dispositivo de las normas sobre arrendamiento de buques de la LNM, parecería que la respuesta debería ser aquí afirmativa.

## 2. Efectos en otro Estado Parte (no se puede volver a embargar el buque después de la venta judicial)

98. El artículo 8 del Proyecto de Convención, al abordar el efecto de *denegación o levantamiento del embargo preventivo del buque*, contempla dos posibles escenarios que podrían presentarse ante la situación en la que un demandante (por ejemplo, un acreedor al que no se notificó adecuadamente la venta) decide entablar una acción ante un órgano judicial de un Estado Parte en virtud de un crédito nacido antes de una venta judicial del buque y que no ha sido satisfecho tras ella.

- Escenario 1: Si se solicita el embargo preventivo de un buque o cualquier otra medida similar en virtud del crédito mencionado, el Tribunal desestimaré la solicitud si se le exhibe el certificado de venta judicial mencionado en el artículo 5 (en el idioma oficial del órgano judicial o una traducción autenticada).
- Escenario 2: Una vez que el Tribunal de un Estado Parte ha ordenado embargar el buque en virtud de un crédito nacido antes de una venta judicial anterior del buque, y éste ha sido efectivamente embargado (o se ha tomado una medida similar), el órgano judicial ordenará que se levante la medida que pese sobre el buque si se le exhibe el certificado de venta judicial mencionado en el artículo 5.

99. Ambas medidas no se aplicarán si un tribunal de un Estado Parte determina:

- a) que desestimar la solicitud u ordenar que se levante la medida, según sea el caso, sería manifiestamente contraria al orden público de ese Estado; o
- b) que la existencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 10 (este artículo ha sido recientemente modificado - A/CN.9/WG.VI/WP.90-, eliminado los motivos que impedían que la venta judicial surtiese efectos internacionales, a saber, que el buque no se encontraba físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial en el momento de la venta, que en la venta medió fraude cometido por el comprador; o que los efectos serían manifiestamente contrarios al orden público de ese otro Estado parte<sup>50</sup>). Es por ello que, por ahora, el artículo 10 no tendrá incidencia sobre la inaplicación de este efecto de la venta judicial.

## 3. Circunstancias en las que una venta Judicial no surte efectos internacionales<sup>51</sup>

100. Los efectos liberatorios y extintivos de la venta judicial en otro Estado Parte constituyen, sin lugar a duda, una de las mayores innovaciones con respecto al MLMC 1993. Sin embargo, también puede suponer uno de los aspectos más conflictivos del texto internacional, especialmente por el riesgo que pueda ocasionar para los acreedores indebidamente notificados el reconocimiento automático en el Estado de Matrícula de los efectos internacionales de la venta efectuada en otro Estado, desconociendo cualquier procedimiento formal de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Por tanto, la posibilidad de denegar los efectos internacionales, tal como se contiene en el Proyecto de Instrumento, es de suma utilidad para el Registrador (Artículo 7) y el Tribunal competente (Artículo 8) si este procedimiento es (manifiestamente) contrario a su orden público (habrá que estar a lo que los tribunales aleguen como causas de denegación por orden público, pero entre estas podría estar, una inadecuada notificación -conforme a su legislación interna- a los acreedores no registrados)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> El GT estimó que el motivo relativo a que el buque no se encontrase físicamente dentro del territorio del Estado de la venta era superfluo, dado que ya se utilizaba para definir el ámbito de aplicación del Proyecto de Convención. Por otra parte, se señaló también que el motivo para denegar los efectos relativos a la mediación de fraude por el comprador durante la venta no era necesario, dado que podría ser difícil demostrar el fraude en un Estado que no fuera el Estado de la venta judicial por falta de pruebas (A/CN.9/1007, párr. 81). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir ambos motivos.

<sup>51</sup> La MLMC 1993 no contiene disposición similar como la que se encuentra en el artículo 10 del Proyecto de Instrumento, especialmente con la prevista con anterioridad a su última modificación en abril de 2021.

<sup>52</sup> La notificación errónea o indebida a una de las partes afectadas de conformidad con el artículo 4 no figura en la Con-

**101.** Parece que un artículo -el artículo 10- centrado en las circunstancias en las que la venta judicial no tiene efectos internacionales en otros Estados Parte no tiene espacio en el Instrumento, más que para repetir condiciones ya mencionadas. Si los artículos 3 (ámbito de aplicación), 4 (notificación de la venta), 6 (efectos internacionales), 7 (acción del registrador) y 8 (acción del Tribunal competente) establecen los requisitos de aplicación de la Convención, así como los de sus efectos, parecería obvio que la falta o incumplimiento de estos significaría que el Convenio no se aplicará a esas ventas o que sus efectos internacionales no se producirán. Por tanto, no sería necesaria una disposición dedicada a reiterar las mismas circunstancias.

## V. Consideraciones finales

**102.** La venta o subasta judicial de buques y la distribución del producto de la venta a los acreedores representan el capítulo final de cualquier procedimiento de ejecución de hipoteca naval u otras deudas marítimas (Artículo 486 LNM). Sin embargo, existe un riesgo real si la venta no ha sido debidamente notificada en el que los acreedores marítimos indebidamente notificados intenten embargar el buque en un puerto de su conveniencia para volver a presentar reclamo por su crédito, lo que genera una más que posible incertidumbre entre los compradores a la hora de presentar una oferta de venta. Sin embargo, la consideración por el GT de los requisitos de notificación (Artículo 4) y la creación de un Repositorio internacional y en línea (Artículo 12) asociado con el *Global Integrated Shipping Information System* (GISIS) de la OMI, al cual deberán enviarse las notificaciones y certificados emitidos en virtud de los Artículos 4 y 5 para su publicidad *online*, podrá resolver satisfactoriamente, en cierta medida, el antiguo reclamo por los acreedores marítimos (no registrados), dado que al alcance de un solo *click* podrán conocer la situación del buque sobre el que ostentan un crédito no satisfecho.

**103.** Para tratar de paliar este posible efecto disuasorio, la venta judicial debe extinguir todas las hipotecas y gravámenes existentes sobre el buque y otorgar un título de propiedad limpio al adquirente. Solo entonces será posible asegurar el mejor precio posible en la subasta judicial del activo, en beneficio de todas las partes implicadas. El efecto purgativo de la venta (asegurando que el comprador pueda dar de baja el buque de su bandera anterior, pudiendo registrarlo en uno nuevo Registro a su elección, y que el buque pueda navegar por todo el mundo sin preocupación ante un posible embargo por créditos anteriores) logrará también un mayor número de postores y, por lo tanto, lo que sin duda incrementará el valor final del buque. No obstante, existen algunos aspectos relevantes en diferentes jurisdicciones que pueden hacer que estas ventas judiciales “limpias” queden fuera del alcance de la Convención (especialmente en aquellas jurisdicciones donde se permiten las ventas judiciales con subrogación de compradores).

**104.** Por último, pero no menos importante, este título de propiedad debe poder ser reconocido y ejecutado en todo el mundo. El certificado emitido por el Tribunal a solicitud del adquirente tras la venta judicial permitirá que esta venta pueda ser reconocida y el título ejecutado en todos los Estados Contratantes.

**105.** El Proyecto de Instrumento internacional no tiene por objeto el reconocimiento de las decisiones de venta de un buque en otro Estado (ya existen instrumentos internacionales para este propósito), sino el reconocimiento de los “efectos internacionales de una venta judicial”, siempre que dicha venta produzca una purga total sobre el buque. En otras palabras, esta Convención es un “espejo” en el que se

---

ención como motivo expreso de denegación de los efectos internacionales. Durante la primera sesión del GT, se sugirió que el Instrumento incluyera un motivo basado en la notificación errónea de conformidad con el artículo 4 (A/CN.9/973, párr. 63). Sin embargo, se ha decidido no introducirlo en la versión actual. La razón podría estar en que el GT no quiere inmiscuirse en la complejidad de verificar por parte de los tribunales las comunicaciones o notificaciones al registrador o al tribunal extranjero de un Estado Parte que no sea el Estado de la venta.

deben mirar las ventas judiciales que se realicen en un Estado Contratante -realizadas de acuerdo con su legislación nacional-. De existir absoluta coincidencia entre el título de propiedad limpio otorgado con lo establecido al efecto por el Convenio, esa venta judicial podrá expandir sus efectos internacionales sobre el adquirente en el resto de los Estados Parte. No obstante, si la venta judicial efectuada al amparo de la ley del Estado de la venta, por cualquier motivo, no otorga una purga total de los créditos, según lo previsto por la Convención, entonces dicha venta, a pesar de ser totalmente válida y efectiva en el Estado en que se ha llevado a cabo, no podrá expandir sus efectos internacionales en el resto de Estados Contratantes (excepto sobre la base de los acuerdos de reconocimiento bilateral/regional de sentencias extranjeras).

**106.** El futuro Convenio debe favorecer un justo equilibrio entre los derechos de los acreedores existentes y los derechos del comprador en la venta judicial. La adopción de reglas uniformes para regular las ventas judiciales promoverá la armonización y unificación internacional de la ley en esta área; reducirá los obstáculos legales, contribuyendo a la seguridad económica y jurídica; aumentará los precios de las subastas judiciales; y salvaguardará significativamente los intereses de los compradores de buena fe (sin olvidar una protección adecuada a todas las partes afectadas, incluidos los acreedores marítimos).

LA RESTITUCIÓN DE MENORES RETENIDOS ILÍCITAMENTE  
EN ESPAÑA Y LA EXCEPCIÓN DE GRAVE RIESGO A LA LUZ  
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA DE 6 DE OCTUBRE DE 2020

THE RESTITUTION OF MINORS ILLICITLY RETAINED  
IN SPAIN AND THE EXCEPTION OF SERIOUS RISK IN LIGHT  
OF THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL HEARING  
OF BARCELONA OF OCTOBER 6, 2020

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Extremadura*

ORCID ID: 0000-0003-1627-6725

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 07.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6269>

**Resumen:** El presente trabajo analiza, a la luz del litigio resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona, las cuestiones que suscita en la actualidad la sustracción internacional de menores. Las peculiaridades que estas situaciones presentan y, en particular, la vinculación con situaciones de violencia familiar, doméstica o de género, llevan a cuestionarnos la adecuación del sistema tradicionalmente instaurado en aras a la protección de los intereses del menor retenido ilícitamente. La alegación de grave riesgo como excepción a la restitución inmediata del menor requiere una práctica probatoria que, en ocasiones, es difícil conjugar con la instauración de un proceso ágil y rápido. Asimismo, en las circunstancias sanitarias actuales, es necesario articular mecanismos que permitan garantizar la tutela de los menores, auténticas víctimas de las sustracciones internacionales.

**Palabras clave:** sustracción de menores, traslado ilícito, retención ilícita, restitución del menor, excepción de grave riesgo.

**Abstract:** The present work analyzes, in the light of the litigation resolved by the Provincial Court of Barcelona, the issues that currently raises the international abduction of minors. The peculiarities that these situations present and, in particular, the connection with situations of family, domestic or gender violence, lead us to question the adequacy of the system traditionally established in order to protect the interests of the minor illegally detained. The allegation of serious risk as an exception to the immediate return of the minor requires an evidentiary practice that, at times, is difficult to combine with the establishment of an agile and fast process. Likewise, in the current health circumstances, it is necessary to articulate mechanisms that make it possible to guarantee the protection of minors, authentic victims of international abductions.

**Keywords:** Child abduction, wrongful removal, wrongful retention, return of the child, serious risk exception.

**Sumario:** I. Introducción. Particularidades de la sustracción internacional de menores en la actualidad. II. Hechos que dan origen a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2020. III. Mecanismos de tutela frente a traslados ilícitos de menores. 1. Intervención de

Autoridades Centrales. 2. El proceso de restitución: objeto y características. IV. Excepciones a la restitución de menores trasladados ilícitamente. 1. El arraigo del menor. 2. La existencia de grave riesgo. Especial referencia a los supuestos de violencia doméstica. 3. La prueba en el marco del proceso de restitución. V. Las medidas de ejecución destinadas a garantizar el retorno. VI. A modo de conclusión.

## I. Introducción. Particularidades de la sustracción internacional de menores en la actualidad

1. Han transcurrido más de cuarenta años desde la aprobación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, CH80)<sup>1</sup> y la sustracción internacional de menores continua siendo una realidad constante y un fenómeno creciente en nuestros días, favorecido por las circunstancias del mundo actual. La proliferación de relaciones familiares internacionales, la eliminación de las fronteras y el desarrollo de medios de comunicación facilita esta práctica<sup>2</sup>. Junto al CH80, y del mismo año, para hacer frente a los traslados ilícitos de menores las autoridades españolas también contaban con el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia<sup>3</sup> y algún convenio bilateral<sup>4</sup>. A esta regulación convencional se añadió en 2003, en el marco de la Unión Europea, el Reglamento sobre competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento 2201/03)<sup>5</sup> complementó la regulación del CH80 introduciendo algunas particularidades<sup>6</sup>.

2. La protección del interés superior del menor, verdadera víctima de los supuestos regulados, se configura como principio básico. Entre las manifestaciones de lo que constituye dicho interés se encuentran el derecho a no ser trasladado o retenido, a no ser apartado de su lugar de residencia habitual y el derecho a mantener el contacto y la relación del menor con ambos progenitores<sup>7</sup>. Junto al retorno o restitución inmediata del menor trasladado ilícitamente, y para garantizar su protección, la cooperación de autoridades se configura como eje central del sistema instaurado. En el Convenio, aquel principio sirve de fundamento para consagrar la restitución inmediata del menor como regla general a la vez que justifica la consagración de circunstancias que permiten excepcionar la obligación de retorno inmediato asumida por los Estados contratantes<sup>8</sup>. El texto europeo, que parte de la competencia de los tribunales

<sup>1</sup> 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> A. L. CALVO CARAVACA/J CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sustracción internacional de menores: una visión general", en Y. GAMARRA CHOPO *El discurso civilizador en Derecho internacional: cinco estudios y tres comentarios*, 2011, pp. 115-155.

<sup>3</sup> Convenio europeo relativo al reconocimiento y 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 (BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984).

<sup>4</sup> 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 (BOE de 24 de junio de 1997). Vid. M MOYA ESCUDERO, "El secuestro de menores" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 8, 2002, A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, págs. 411-460.

<sup>5</sup> Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

<sup>6</sup> I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, 2019, espec. pp. 198-220; M. HERRANZ BALLESTEROS, "El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo", *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2004, pp. 2065-2085; M. SABIDO RODRÍGUEZ, "La sustracción internacional de menores en Derecho internacional privado español: Algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03", *Anuario Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 307-320.

<sup>7</sup> El interés superior del menor está consagrado en nuestro ordenamiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española y de los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Asimismo, constituye un principio universal consagrado en los textos internacionales. En este marco, el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño o el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vid., entre otras, las SSAP de Asturias de 12 de enero de 2021 (EDJ 2021/519114) y la de Pontevedra de 2 de mayo de 2019.

<sup>8</sup> Véase el Apto. 25 del Informe Explicativo del Convenio nº XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, elaborado por la Profra. E. PÉREZ VERA (en adelante, Informe Explicativo) Consultado en <https://assets.hch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>

del Estado de la residencia habitual del menor, atendiendo a dicho interés, también prevé, con carácter general, la restitución inmediata en los términos del CH80 y de su artículo 11. No obstante, en los Estados miembros de la Unión Europea las posibilidades de excepcionar la restitución se reducen si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. El principio de confianza mutua sirve también de fundamento al sistema instaurado<sup>9</sup>.

3. La cooperación entre autoridades judiciales y administrativas de los Estados Parte se configura como un instrumento fundamental del sistema establecido. A través de ella se pretende garantizar los objetivos básicos del convenio que se centran, de un lado, en el retorno inmediato del menor trasladado ilícitamente a su entorno habitual y, de otro, en el respeto efectivo a los derechos existentes en el Estado de residencia habitual del menor<sup>10</sup>. En este marco, el convenio recurre a las Autoridades Centrales a las que impone algunas obligaciones si bien para su cumplimiento deben tenerse en cuenta las particularidades previstas en los distintos sistemas jurídicos nacionales. El mecanismo de cooperación a través de Autoridades centrales no impide, como prevé el artículo 29 del propio texto, que la persona cuyo derecho de custodia o visita ha sido lesionado pueda optar por interponer ante las autoridades competentes del Estado al que ha sido trasladado el menor la acción directa de restitución.

4. Ni el convenio ni el reglamento abordan la regulación de los mecanismos procesales limitándose, el texto convencional, a señalar la necesidad de que en cada Estado se recurra a procedimientos rápidos, temporalmente breves y ágiles, a través de los cuales se otorgue un tratamiento prioritario a las demandas de restitución o retorno<sup>11</sup>. Tanto el artículo 2 como el artículo 11.2 del CH80 caracterizan de este modo el instrumento procesal que los Estados deben utilizar para garantizar el retorno de los menores trasladados ilícitamente. Para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el texto convencional, se promueve el recurso en los Estados Parte a procedimientos rápidos y de urgencia. En nuestro ordenamiento, tras la reforma operada en 2015<sup>12</sup>, este procedimiento se encuentra específicamente regulado en los artículos 778 *quater* a 778 *sexies* LEC. El procedimiento instaurado es aplicable cuando el supuesto vincula a países participantes en el texto convencional o sean Estados miembros. Al margen de estos casos, procederá bien el recurso al procedimiento de exequatur regulado en los artículos 52 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil bien el inicio de un procedimiento por parte del progenitor afectado en el país al que ha sido traslado el menor.

5. En la actualidad, las sustracciones internacionales de menores proyectan una realidad que las diferencia de aquellas que dieron lugar al nacimiento del texto convencional<sup>13</sup>. En sus orígenes, el CH80 responde a situaciones en las que los traslados de menores fuera de su entorno habitual eran realizados por el titular del derecho de visita y, generalmente, tenía por finalidad legalizar la nueva situación de hecho que tras el secuestro se creaba<sup>14</sup>. Los supuestos más recientes evidencian otra realidad. Ni el titular del derecho

<sup>9</sup> Vid. considerando 21 Reglamento 2201/03. M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. El reto de la urgencia y eficacia. Buenas prácticas. Excepciones al retorno o restitución del menor. Especial referencia a supuestos de violencia de género o intrafamiliar”, *Cuadernos Digitales de Formación* 15 – 2020, 1-92, espec. p. 47

<sup>10</sup> Vid. aptdo. 35 del Informe Explicativo

<sup>11</sup> Informe Explicativo, aptdo 104

<sup>12</sup> La Disposición Final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, introdujo un nuevo Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, integrado por los artículos 778 *quater* a 778 *sexies*, en el que se contienen las medidas relativas a la restitución de menores en supuestos de sustracción internacional de menores; regulación que entró en vigor el 23 de julio de 2015.

<sup>13</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general (...)”, cit.

<sup>14</sup> Informe Explicativo, “*el problema abordado por el Convenio -con todo lo dramático que conlleva el que se refiera directamente a la protección de la infancia en las relaciones internacionales adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial. En efecto, por esta vía, el particular puede alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Ciertamente, tal resolución, sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para “legalizar” una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba*”. Véase párrafos 12 a 15.

de visita ni el padre suele ser quien traslada a los menores; es más, en muchos supuestos no existe pronunciamiento previo de fondo sobre la responsabilidad parental. Tampoco quien lleva a cabo la sustracción tiene como finalidad legalizar la situación de hecho creada tras el traslado ilícito. En un amplio número de casos, que aumenta considerablemente, la violencia doméstica y familiar está vinculada a la sustracción internacional de menores<sup>15</sup>. En algunos de ellos, es la madre, víctima de violencia doméstica, quien se marcha del país de residencia habitual y traslada a los niños con ella. La finalidad de la sustracción no es legalizar la situación de hecho creada sino “escapar” de la violencia doméstica a la que se encuentra sometida ella directamente y el menor, directa o indirectamente<sup>16</sup>. Frente a la acción de restitución o retorno, en este tipo de supuestos, la madre sustractora se opone alegando excepción de grave riesgo para el menor. Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, a pesar del incremento de casos el análisis de la realidad evidencia que en pocas ocasiones es admitida esta alegación.

6. A partir del cambio en las circunstancias fácticas, se ha cuestionado la virtualidad de las soluciones y mecanismos tradicionalmente adoptados para resolver los supuestos de sustracción internacional de menores<sup>17</sup>. Se ha debatido su adecuación a la tutela del interés superior del menor y, en general, a la protección de los derechos de los menores<sup>18</sup>. Se plantea si la restitución inmediata de los menores trasladados ilícitamente continua siendo la solución más adecuada en supuestos como los descritos, en los que se alega algunas de las causas de excepción al retorno previstas en el texto convencional. La restitución inmediata no puede ser una decisión automática sino el resultado de una valoración de la prueba realizada en un proceso con todas las garantías. Sin embargo, frente a la rapidez y urgencia de la tramitación del proceso de restitución se ha cuestionado su adecuación en aquellos casos en los que se invoca la excepción de grave riesgo para el menor derivada de una situación de violencia doméstica. La jurisprudencia del TEDH ha evidenciado, en reiteradas ocasiones, esta problemática señalando la vinculación entre los derechos de los menores y el proceso civil<sup>19</sup>.

7. En esta línea, con el fin de reforzar la tutela del interés superior del menor al adoptar las resoluciones de restitución, las iniciativas europeas han promovido la reforma del Reglamento 2201/03<sup>20</sup> dando lugar a la reciente aprobación del nuevo Reglamento 2019/1111<sup>21</sup>. En el marco de la Conferencia

<sup>15</sup> Haciéndose eco de esta realidad, la expresión utilizada en el Doc prel. Núm. 6 de julio de 2017. Tabla de Conclusiones y Recomendaciones de las Reuniones anteriores de la Comisión Especial (CE) sobre el Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y el Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (1989 (1ª CE), 1993 (2ª CE), CE 1997 (3ª CE), CE 2001 (4ª CE), CE 2002 (continuación CE), CE 2006 (5ª CE), CE 2011-CE 2012 (6ª CE)) en <https://assets.hcch.net/docs/750ac1e5-9709-4d98-b5b3-f7f75639f135.pdf>

<sup>16</sup> I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la UE. Retorno vs. Violencia familiar o Doméstica”, *CDT*, (marzo 2018) vol.10 núm.1, pp. 610-619; M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores” en *Jornadas de Unificación de Criterios en materia de Violencia de Género*, celebradas en Madrid en octubre de 2017. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-degenero/Actividad-del-Observatorio/Formacion/Jornadas-Unificacion-de-criterios-enmateria-de-Violencia-de-Genero--4-al-6-de-octubre-de-2017>; M. V. CUARTERO RUBIO, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en M. T. MARTÍN LÓPEZ/J. M. VELASCO RETAMOSA (Coord.) *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, 2014, pp. 74-101; M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 6, 2006, pp. 179-194; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, *Manuales de formación continuada*, núm. 25, 2004, pp. 131-182.

<sup>17</sup> A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y sustracción internacional de menores: algunas cuestiones controvertidas, en E. PÉREZ VERA/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/M. GUZMÁN ZAPATER/A. FERNÁNDEZ PÉREZ/M. GUZMÁN PECES (Dir.) *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, 2020, pp. 185-205; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *REEI* 2018 (35), [www.reei.org](http://www.reei.org).

<sup>18</sup> J.R. LIÉBANA ORTIZ, “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR* 13, diciembre 2015, págs. 83-109.

<sup>19</sup> Vid SAP de Girona de 23 de enero de 2017 (EDJ 2017/46318) con cita de las SSTEDH de 22 junio 1989, Erikson contra Suecia y de 27 octubre 2011, Bergmman contra Republica Checa.

<sup>20</sup> Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como Bruselas II bis (*DO L* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

<sup>21</sup> Reglamento de la Unión Europea 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la

de La Haya, si bien no se consideró necesario la revisión del CH80, se ha elaborado la Guía de Buenas Prácticas con el fin de promover la coherencia en la aplicación e interpretación del texto convencional<sup>22</sup>.

8. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 6 de octubre de 2020<sup>23</sup>, nos brinda la oportunidad de retomar el análisis de la problemática señalada y plantearnos la virtualidad de las soluciones tradicionalmente adoptadas para resolver los supuestos de sustracción internacional de menores atendiendo a la realidad en la que actualmente estas situaciones se producen y su adecuación en orden a la tutela del interés superior del menor y de sus derechos. Para abordar su análisis, tras esta introducción (I), y a partir de un breve resumen de los hechos de los que trae causa la decisión analizada (II), estructuraremos nuestro trabajo distinguiendo algunas de las cuestiones más relevantes puestas de relieve en la decisión de la Sala. En primer lugar, el proceso de restitución (III) a partir del marco normativo instaurado delimitaremos su objeto y principales características, distinguiéndolo de otros procesos que tienen por objeto la adopción de medidas de responsabilidad parental. En segundo lugar, centraremos nuestra atención en el análisis de la alegación de la excepción de grave riesgo (IV); en particular, delimitaremos su contenido (1) así como el análisis de algunas dificultades que, en orden a su prueba, se suscitan en la práctica judicial (2). En tercer lugar, haremos una referencia a la importancia que adquieren en este ámbito las medidas de ejecución de la orden de restitución (V), para terminar con la exposición de unas breves conclusiones (VI).

## II. Hechos que dan origen a la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de 6 de octubre de 2020

9. Tras residir unos años en distintas ciudades europeas, en 2018, la familia Gil fijó su residencia definitiva en Edimburgo. El sistema educativo y la posibilidad de asistencia de sus dos hijos, que contaban dos y cuatro años de edad respectivamente, a uno de los centros educativos de mayor prestigio en el país constituyeron elementos clave en la decisión adoptada. En junio de 2019 la Sra. Gil se traslada con sus hijos a España, sin consentimiento del progenitor y sin que este tuviera conocimiento del lugar donde se encontraban sus hijos hasta el mes de octubre, cuando la Sra. Gil informó al padre que tenía a sus hijos en Granollers. En ese momento, el Sr. Gil solicita ante las autoridades centrales del Estado de su residencia habitual el retorno de los menores.

10. La Autoridad Central española inicia expediente para valorar la petición de retorno que había recibido de la autoridad central escocesa en septiembre de 2019. En el ámbito de dicho expediente, según consta en la sentencia de instancia, se indicó por la Autoridad Central española que la progenitora se opuso a devolver a los menores y que mostraba síntomas de haber sido víctima de violencia de género por lo que no se brindaría asistencia legal y pública al solicitante del retorno, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar ante los tribunales españoles de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 CH80. Posteriormente, el padre de los menores interpone ante los tribunales españoles demanda de restitución inmediata de sus hijos interesando que se declare la ilicitud del traslado así como el retorno al lugar de procedencia, el cierre de las fronteras, la prohibición del territorio nacional y la entrega por la madre demandada de los pasaportes de los menores.

11. El tribunal de instancia, en sentencia de fecha 10 de julio, tras declarar la ilicitud del traslado *ex* artículo 3 del CH80 y a los efectos de resolver la demanda planteada, verifica si concurre la alegación

---

ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DO L* núm. 178, de 2 de julio de 2019).

<sup>22</sup> Véase los distintos contenidos que integran la 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 <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>.

<sup>23</sup> SAP de Barcelona 8805/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APB:2020:8805).

invocada por la demandada, con base en el artículo 13 b) del texto convencional, relativa a la existencia del grave riesgo para los menores de sufrir peligro físico o psíquico si se lleva a cabo el retorno o restitución. Para ello, la decisión de instancia se refiere, de un lado, a la documental aportada con la contestación a la demanda. Se trata de notas de la Women's Aid Edimburgo. Sin embargo, por carecer de traducción *ex art.* 144 LEC, no pueden ser valoradas. La falta de denuncia, a pesar de acreditar la existencia de una relación muy conflictiva entre las partes no acredita la concurrencia de la causa invocada. La ilicitud del traslado y, por ende, el retorno de los menores es una medida necesaria y proporcional. En consecuencia, entiende el tribunal de instancia, que no concurre la causa invocada por la demandada y ordena la restitución inmediata de los menores a Edimburgo. Su decisión se fundamenta, a tenor de la prueba practicada, por quedar acreditado el arraigo de los menores con el país de origen, Edimburgo, sin que su estancia en España haya supuesto una desvinculación física y emocional con aquel; y, en segundo lugar, porque en ningún momento se ha acreditado que el progenitor demandante haya desarrollado comportamientos que coloquen a los menores en riesgo físico y psíquico.

**12.** Frente a esta decisión, la demandada en la instancia interpone recurso de apelación alegando error en la valoración de la prueba y cuestionando la residencia habitual y el arraigo de los menores en Edimburgo. Asimismo, en su escrito de impugnación el demandante en la instancia, ahora apelado, solicita la adopción de medidas de ejecución distintas a las acordadas para dar cumplimiento a la orden de restitución.

**13.** La SAP, tras delimitar el marco jurídico y el objeto del procedimiento relativo a la restitución del menor trasladado ilícitamente a España afirma que, no discutiéndose sobre la residencia habitual de los menores, el traslado ilícito trae como consecuencia la orden de restitución salvo que concurren las excepciones prevista en el CH80 y en el Reglamento 2201/03. Habiendo sido alegada una de estas excepciones por la demandada en la instancia, ahora apelante, la Sala se centra en determinar si concurre o no la causa prevista en el artículo 13 b) del texto convencional. Recurriendo a la interpretación ofrecida en el Informe Explicativo del CH80 y al Manual de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya, a partir del análisis de la prueba practicada la Sala concluye la existencia de hechos producidos inmediatamente antes del traslado y con posterioridad en el contexto de una ruptura de pareja conflictiva pero que no se ha practicado prueba determinante para afirmar la existencia de grave riesgo físico o psíquico para los menores. En consecuencia, desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia ordenando la restitución de los menores al Edimburgo. En cuanto al escrito de impugnación presentado por el demandante en la instancia, la SAP lo estima parcialmente adoptando medidas destinadas a garantizar la ejecución de la orden de restitución de los menores.

**14.** A partir de estos hechos, como señalábamos, el supuesto que analizamos evidencia las dificultades planteadas en los casos de sustracción internacional de menores para las que el CH80 y, en su caso, el Reglamento 2201/03, han constituido los instrumentos más eficaces en orden a garantizar la restitución inmediata del menor trasladado ilícitamente. Más allá de las tradicionales dificultades, el asunto revela las particularidades que proyecta la evolución de la realidad actual y que pueden llegar a cuestionar la virtualidad de las soluciones tradicionalmente adoptadas. Cuando los supuestos de sustracción internacional de menores están vinculados a situaciones de violencia doméstica, familiar o violencia de género los problemas se plantean en orden a determinar la subsunción de los mismos en el marco del artículo 13 b) del texto convencional así como en relación con la práctica probatoria, por las particularidades que este tipo de situaciones presenta. La búsqueda de soluciones adecuadas para la tutela del interés superior del menor requiere evitar el automatismo del retorno y, más allá del principio de confianza mutua entre Estados, evitar que el sistema se convierta en un instrumento favorable para quien ejercía la violencia permitiéndole ejercer control y presión sobre su víctima<sup>24</sup>. De otro lado, como tendremos ocasión de analizar más adelante, la situación excepcional de crisis sanitaria derivada

<sup>24</sup> C. RUIZ SUTIL, "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *CDT*, (octubre-2018), vol. 10, núm.2, pp. 615-641.

de la declaración de pandemia mundial producida por el SARS-CoV-2 y, entre otras consecuencias, la declaración del estado de alarma y la imposibilidad de traspasar las fronteras<sup>25</sup>, perjudica a los menores haciendo necesaria la adopción de medidas tendentes a garantizar la tutela de sus intereses, asegurando el contacto con sus progenitores.

### III. Mecanismos de tutela frente al traslado ilícito de menores

#### 1. La intervención de autoridades

15. El CH 80 se configura como la piedra angular del sistema frente a los supuestos de sustracción internacional de menores. Se trata de un convenio de cooperación que, con el fin de evitar los traslados internacionales de menores, instaura un mecanismo de colaboración entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes en orden a la obtención de la restitución inmediata del menor a su entorno habitual. La cooperación se canaliza a través de las Autoridades Centrales creadas al efecto en cada Estado y se ha ampliado mediante la creación de la Red Internacional de Jueces de La Haya<sup>26</sup>. No obstante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del texto convencional, este mecanismo no impide que la persona que sufre el desplazamiento del menor pueda ejercitar ante las autoridades competentes del Estado al que ha sido trasladado el menor una acción directa de restitución o de retorno. De hecho, en el litigio resuelto por la Audiencia de Barcelona ambas vías han sido utilizadas. De un lado, el Sr. Gil, en septiembre de 2019, cuando tuvo conocimiento del traslado de los menores a España, solicitó a las autoridades escocesas la restitución de los menores en el marco del texto convencional. Estas, en cumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo 7 CH80 comunicaron la solicitud a las autoridades españolas que, iniciaron el expediente pero, una vez conocieron que la progenitora se oponía a la restitución y que mostraba síntomas de haber sido víctima de violencia de género, no brinda asistencia legal y pública al solicitante, dejando abierta la opción de plantear ante nuestros tribunales la acción directa de restitución como así hizo el padre de los menores.

16. En el caso de España, la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia y, en concreto, dichas funciones corresponden a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, perteneciente a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos<sup>27</sup>. A partir de las previsiones convencionales, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 778 *quarter* LEC, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el CH80 podrá promover el procedimiento de restitución. Cuando se admite la solicitud, la Autoridad Central actúa a través de los Abogados del Estado a los que remite el expediente junto con el escrito en el que se solicita la presentación de la demanda ante el juez competente y se expone brevemente el caso haciendo referencia a los documentos en los que se basa la pretensión y se señala la necesidad de ser informados del desarrollo del proceso con el fin de que la Autoridad Central pueda cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 7 CH80. Cuando la solicitud proviene de un país europeo, se numeran expresamente los preceptos del Reglamento 2201/2003 aplicables y, en particular, se señala que no se

<sup>25</sup> Vid. 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 (*BOE* núm. 67, de 14 de marzo).

<sup>26</sup> Integrada por jueces designados por los Estados Parte, la creación de una Red Internacional de Jueces de La Haya especialistas en cuestiones de familia para que actúen como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de sus jurisdicciones y con los de otros Estados Parte, facilitando de este modo las comunicaciones y la cooperación y, en definitiva, asegurando la aplicación efectiva de los textos convencionales, especialmente, el CH80. Además de una función de comunicación general, los miembros de la Red desempeñan una segunda función de comunicación específica, que consiste en comunicaciones directas en supuestos concretos que favorece, atendiendo al interés superior del menor, el conocimiento recíproco de los distintos ordenamientos jurídicos, la confianza mutua y la resolución de los casos. Vid. <https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>

<sup>27</sup> Véase, actualmente, el artículo 8 del RD 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).

podrá denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 CH80 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución, que se debe dar posibilidad de audiencia al solicitante y que el juzgado de origen tiene la última palabra. En todo caso, si el supuesto lo requiere para evitar que el menor sufra mayores daños, bien a petición de la autoridad central requirente o a juicio de la autoridad central española-requerida, se requiere al abogado que en su demanda solicite la adopción de medidas previstas en nuestra legislación<sup>28</sup>.

17. Cuando la Autoridad Central no admite la solicitud presentada, corresponde al solicitante, que ya no se beneficia de aquella representación, reclamar ante las autoridades españolas designando letrado y procurador al efecto. Es lo que ha ocurrido en el supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta actuación, lejos de favorecer una solución rápida de la situación en la que se encontraban los menores ha implicado una prolongación temporal de la misma y, en consecuencia, un perjuicio para los menores y una merma en aras a la consecución de los objetivos perseguidos en el texto convencional. Más aun cuando, coincidiendo con la declaración de la pandemia sanitaria derivada de la COVID 19, la estancia de los menores en España se ha prolongado durante más de un año. Sorprende, asimismo, no solo porque no es una actuación acorde con las previsiones convencionales sino porque tampoco es la actuación seguida tradicionalmente por la Autoridad Central española<sup>29</sup>. La tutela del interés superior de los menores requería resolver acerca de su restitución a la mayor brevedad posible y, sin perjuicio de que dicha decisión debía ser acordada por las autoridades judiciales españolas, hubiera sido conveniente que la Autoridad Central española, conforme a lo previsto en la LEC, hubiera iniciado el procedimiento.

## 2. El proceso de restitución: objeto y características

18. De conformidad con el texto convencional, la solicitud ante las Autoridades Centrales no impide el ejercicio de la acción directa de restitución ante los tribunales del Estado al que ha sido trasladado el menor. Es lo que hizo el Sr. Gil ante la inactividad de las autoridades centrales españolas. No obstante, como hemos expuesto, el CH80 no aborda la tramitación del proceso de restitución, limitándose a señalar su objeto y cuáles son las notas que lo caracterizan, atendiendo a los objetivos y principios que lo rigen. Es más, tampoco establece una obligación para los Estados contratantes de adoptar un procedimiento específico a tal fin. Se limita a señalar la necesidad de recurrir, en cada Estado al procedimiento más rápido con el objetivo de proteger el interés del menor.

19. En España, sin embargo, atendiendo a las previsiones convencionales, se ha elaborado un procedimiento específico regulado en los artículos 778 *quáter* a 778 *sexies* LEC<sup>30</sup>. Estos preceptos acogen un procedimiento rápido para resolver la solicitud de restitución frente a los supuestos de sustracción internacional de menores. La celeridad del procedimiento encuentra su fundamento en la necesidad de evitar el perjuicio que el paso del tiempo puede derivar en una resolución de hecho de la sustracción del menor y la vulneración de sus derechos<sup>31</sup>. De este modo, se establecen plazos muy breves para su tramitación así como mecanismos que facilitan las comunicaciones entre órganos y agilizan el proceso<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> C. GARCÍA REVUELTA, "Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/03. El papel de la Autoridad Central", [http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia\\_6\\_ES.pdf](http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf) (última vez consultado el 1 de junio de 2021).

<sup>29</sup> Vid., entre otras, la SAP Girona de 23 enero de 2017 (EDJ 2017/46318).

<sup>30</sup> F. J. FORCADA MIRANDA, "Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español", *REDI*, vol. 68 (2016), 2, pp. 337-346; S. CALAZA LOPEZ, "El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores". *Diario La Ley*, núm. 8564, 2015.

<sup>31</sup> La jurisprudencia del TEDH ha puesto de relieve la merma que el paso del tiempo puede implicar para la tutela de los menores víctimas de sustracciones internacionales. Vid. M. P. ASTRAY CHACÓN, "Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)" cit, p 23.

<sup>32</sup> El artículo 778 *quinquies* LEC prevé un plazo de veinticuatro horas para la admisión de la demanda y un plazo máximo de tres días para que el Letrado de la Administración de Justicia requiera al progenitor sustractor para que comparezca y manifieste si accede a la restitución o retorno o se opone a esta. En esta misma línea, con el fin de facilitar las comunicaciones, el párrafo 7 del artículo 778 *quater* LEC faculta al juez para solicitar el auxilio de las autoridades centrales implicadas, de las

Junto a la celeridad, otras notas que caracterizan el procedimiento instaurado son la especialización y la concentración. El conocimiento de los litigios sobre secuestro internacional de menores se atribuye, en los términos del artículo 778 *quater* LEC, atendiendo a criterios de proximidad y a la presencia del menor. Precisamente, aquella especialización y la vinculación actual entre estos supuestos y las situaciones de violencia familiar, doméstica o de género han servido para defender la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer en materia de sustracción internacional de menores<sup>33</sup>. Por último, el proceso instaurado potencia la mediación en orden a la resolución de controversias<sup>34</sup>.

**20.** El estudio de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona nos permitirá valorar si la aplicación de este procedimiento garantiza la tutela del interés superior del menor. Esto es, si garantiza que el establecimiento de un proceso rápido y ágil no suponga una merma de los principios procesales y permita un análisis del supuesto en el que se valoren las circunstancias concurrentes entre las que se incluyen las excepciones alegadas por quien se opone a la solicitud de restitución. Para ello, el punto de partida lo constituye la delimitación del contenido y objeto del proceso de restitución, diferenciándolo, de otros procesos vinculados a la tutela de los intereses de menores.

**21.** A través del proceso de restitución o de retorno el órgano judicial se limita a decidir, a partir de la calificación del supuesto como traslado ilícito, si procede o no la restitución, esto es, la entrega del menor a la persona que lo ha reclamado, o, su retorno, el traslado del menor al Estado de residencia habitual anterior; y, en su caso, valorar la concurrencia o no de las excepciones alegadas por quien se opone a la demanda<sup>35</sup>. El tribunal que conoce del proceso de restitución no se pronunciará sobre el fondo de la custodia de los menores ni sobre cualquier otra medida relativa a la responsabilidad parental salvo que concurran alguna de las excepciones a la restitución o retorno. Esta delimitación material resulta claramente definida tanto en el artículo 16 CH80<sup>36</sup> como en el sistema instaurado por el Reglamento 2201/03.

**22.** En este último caso, cuando la sustracción vincule a Estados miembros, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Reglamento 2201/03, los órganos judiciales del Estado miembro al que ha sido trasladado el menor decidirán acerca de su restitución o retorno<sup>37</sup>. En el supuesto de denegarlo, comunicarán su decisión a las autoridades del país de residencia habitual del menor anterior al traslado y si estas consideran que procede el retorno, su decisión sustituirá a aquella otra. Se distingue, de este modo, la competencia para conocer sobre el fondo, sobre la responsabilidad parental, que corresponde a los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor y la competencia de los tribunales al que ha sido trasladado el menor que se trata de una competencia temporal para decidir únicamente acerca del retorno o la restitución<sup>38</sup>. Con ello se fortalece el principio de confianza mutua y la competencia de los tribunales de la residencia habitual del menor para conocer del fondo de la responsabilidad parental.

---

redes de cooperación judicial internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los jueces de enlace.

<sup>33</sup> Vid. M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)”, cit. p. 29; M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la violencia de género en la sustracción (...)”, cit., p. 3.

<sup>34</sup> 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 Millenium*, núm. 3, 2016, p.2.

<sup>35</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, pp. 65 y ss.

<sup>36</sup> Artículo 16 CH80, *las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.*

<sup>37</sup> Vid. la reciente STJUE, de 24 de marzo de 2021, as. *Deutsche Lufthansa*, C-603/20 PPU (ECLI: EU:C:2021:231).

<sup>38</sup> Vid. artículos 8, 10 y 12 del Reglamento 2201/03; Circular 2/2021, de 30 de abril, de la Fiscalía del Estado sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden civil (BOE núm. 120, de 20 de mayo) que se remite en esta materia a la Circular de la Fiscalía 6/2015, cit. pp. 51.

**23.** En definitiva, tanto el CH80 como el Reglamento 2201/03 distinguen de un lado el proceso destinado a la restitución o el retorno al lugar de procedencia de los menores que hayan sido sustraídos ilícitamente, otorgando competencia para decidir sobre la demanda a las autoridades del Estado al que ha sido trasladado el menor; y, de otro, los procesos sobre el fondo de la custodia cuya competencia corresponde a los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor.

**24.** En esta misma línea, respecto del proceso instaurado en la LEC, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, respondiendo a los fines previstos en el CH80, *“el ordenamiento español arbitra un procedimiento cuya duración no debería ser superior a seis semanas, que pretende, simplemente la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse. De ello se sigue que nos hallamos ante un procedimiento de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso”*<sup>39</sup>.

**25.** No obstante, la separación entre el proceso de restitución y otros procesos relativos o vinculados a la responsabilidad parental en ocasiones no resulta fácil. La interrelación entre el proceso de restitución y la posterior decisión sobre el fondo de la custodia es ineludible en muchos aspectos<sup>40</sup>. De un lado, el propio CH80, limitado a la ordenación de la restitución o retorno de menores, reconoce implícitamente la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor para conocer sobre el fondo de las medidas de responsabilidad parental. En el asunto analizado, tanto el JPI como la Sala afirman que la decisión sobre el fondo de la custodia corresponde al tribunal del Estado de la residencia habitual de los menores. De otra parte, esa interrelación se manifiesta en orden a valorar las excepciones alegadas por la parte que se opone a la restitución. El litigio resuelto por la Audiencia lo pone de relieve. La existencia de una relación conflictiva de pareja, acreditada en el marco de la excepción de grave riesgo para los menores *ex* artículo 13 b) CH80, es rechazada por tratarse, según manifiestan tanto el JPI como la AP, de una cuestión que debe valorar el tribunal de la residencia habitual anterior al traslado en el marco de un procedimiento que, relativo al divorcio y a la adopción de medidas en materia de responsabilidad parental, corresponda a tenor del Reglamento 2201/03 a referidos tribunales.

**26.** La solución, que encuentra su fundamento en el principio de confianza mutua, no responde a las necesidades que actualmente plantean los supuestos de secuestro internacional de menores ni a la tutela del interés superior del menor. Con independencia de que en un procedimiento posterior pueda resolverse acerca de la responsabilidad parental, en el marco del proceso de restitución procede determinar si existe o no riesgo para los menores atendiendo a las pruebas practicadas en relación con la alegación de grave riesgo efectuada por la parte ahora apelante, fundamentada en situaciones de violencia doméstica. Esto es, en el marco del proceso de restitución procede determinar si aquella relación conflictiva puede proyectarse sobre los menores afectándoles de tal modo que el retorno o la restitución supongan su exposición a un grave peligro físico o psíquico.

**27.** Delimitado así el objeto del proceso de restitución, la ilicitud del traslado constituye, en todo caso, el punto de partida<sup>41</sup>. Este se produce, a tenor al concepto previsto en los textos convencional y europeo, cuando el traslado se realice con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia antes del traslado, bien por la legislación de dicho Estado bien por decisión judicial o administrativa bien por un acuerdo vigente, y se ejercía de forma efectiva, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado. Se requiere, de un lado, la

<sup>39</sup> Vid. la STC 16/2016, de 1 de febrero, ECLI:ES:TC:2016:16. M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)”, cit., p. 26

<sup>40</sup> *Per omnia*, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores”, 2008.

<sup>41</sup> Entre otras, la SAP Pontevedra de 17 abril de 2018 (ECLI: ES:APPO:2018:354).

existencia de un derecho de custodia, conforme al ordenamiento del Estado de la residencia habitual del menor; y, de otro lado, el ejercicio efectivo de ese derecho por su titular. No se exige, en consecuencia, la infracción de una resolución judicial sobre derechos de guarda y visita para declarar la ilicitud del traslado bastando modificar por la vía de hecho la situación del menor de tal modo que se produzca una alteración de sus relaciones con el progenitor no sustractor<sup>42</sup>.

**28.** En el supuesto que analizamos, tanto la sentencia recurrida como la de apelación califican el traslado de Edimburgo a España efectuado por la madre de los menores como traslado ilícito. No hay discusión, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante expondremos sobre la alegación de arraigo efectuada por la apelante, sobre la residencia habitual de los menores en el momento de producirse el traslado -Edimburgo - ni sobre la titularidad de ambos progenitores de la responsabilidad parental. Tampoco se cuestiona la ausencia de consentimiento del progenitor a dicho traslado, ni es óbice para la declaración de la ilicitud del traslado el hecho de que no haya sido delimitada la responsabilidad parental. En consecuencia, el desplazamiento efectuado por la madre de los menores de Edimburgo a España es ilícito según el CH80 y el Reglamento 2201/03.

**29.** Verificada la existencia de un traslado ilícito, las autoridades españolas, en cumplimiento de las previsiones convencionales deben proceder a la restitución de los menores salvo que concurran algunas de las circunstancias excepcionales previstas en el convenio. El régimen instaurado, como hemos señalado, descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. Por ello la solución acogida es la restitución inmediata del menor. Ahora bien, este objetivo convencional debe estar siempre subordinado a la toma en consideración del interés del menor<sup>43</sup>, de ahí que, junto a aquella regla general el texto convencional consagre una serie de excepciones.

**30.** La autoridad del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor trasladado ilícitamente cuando la persona que se opone a la restitución acredite, conforme al párrafo primero del artículo del artículo 13, bien que *“a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; bien que b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*. De otro lado, la autoridad competente podrá negarse a la restitución si comprueba que el menor se opone a ella cuando, atendiendo a su edad y grado de madurez, sea apropiado tener en cuenta sus opiniones. En ambos supuestos, las autoridades competentes del Estado requerido tendrán en cuenta la información proporcionada por la autoridad central o autoridades competentes del Estado de residencia habitual del menor en relación con la situación social del menor. En este marco excepcional, también debemos tener en cuenta las previsiones recogidas en el artículo 20 del mismo texto legal. En su virtud, es posible denegar la restitución del menor cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>44</sup>.

**31.** En el asunto resuelto por la Audiencia Provincial, la madre apelante se opone a la restitución de los menores alegando la existencia de “grave riesgo” en los términos del artículo 13 b) CH 80. Como excepción, su concurrencia no se presume sino que debe ser acreditada por quien la invoca. Corresponde a la Sala, por tanto, como autoridad judicial del Estado requerido, decidir si ordena o no la restitución

<sup>42</sup> Circular de la Fiscalía 6/2015, cit.; J. MARTÍNEZ CLAVO/M.J. SÁNCHEZ CANO, “Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil”, *CDT* (Marzo 2020), vol 12, núm. 1, pp. 728-762.

<sup>43</sup> Vid, entre otras, las sentencias de la AP de Asturias de 12 enero de 2021, n° 1/2021 (ECLI: ES:APO:2021:104) y la de la AP de A Coruña de 5 julio de 2019 (EDJ 2019/660566).

<sup>44</sup> Véase el Apto. 30 del Informe Explicativo.

del menor, no estando obligada a ello. Esta decisión se adoptará atendiendo a la prueba aportada por la parte que se opone a la restitución, parte ahora apelante, y a la información que sobre la situación social de los menores proporcionen las autoridades competentes de Edimburgo, Estado de residencia habitual de los menores. Aspecto que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

#### IV. Excepciones a la restitución de los menores trasladados ilícitamente

##### 1. El arraigo de los menores en España

32. En su fundamento segundo, la sentencia de apelación concluye la existencia de un traslado ilícito. Para resolver tal calificación, la Sala atiende a la ausencia de discusión sobre la residencia habitual de los menores en el momento de producirse el traslado, sobre la titularidad de ambos progenitores de la responsabilidad parental y sobre el consentimiento del progenitor a dicho traslado. Procede, por tanto, la restitución salvo que concurren la circunstancia excepcional prevista en el artículo 13 b) CH80, a cuyo análisis dedicaremos el siguiente apartado, haciendo ahora una breve alusión a la alegación efectuada por la madre apelante relativa a que la residencia de los menores en Edimburgo fue de ocho meses y que aquellos tienen arraigo en España.

33. La relevancia de la residencia habitual de los menores resulta determinante en el ámbito de la protección de menores porque, como hemos expuesto, constituye un criterio básico del sector<sup>45</sup>. Su invocación por la apelante no se efectúa, por considerar que nos encontremos ante un litigio de responsabilidad parental sino por entender que, tratándose de un concepto fáctico, dicho lugar es España. Esta circunstancia desvirtuaría la calificación del supuesto en los términos del artículo 3 del CH80<sup>46</sup>. Según consta acreditado en la sentencia apelada, después de residir en varias ciudades europeas, los menores han residido en Edimburgo solo ocho meses, donde fueron escolarizados. Posteriormente la madre los traslada a España donde han residido más de un año. El arraigo en España, aunque parece ser una cuestión planteada *ex novo* en la apelación, supone la integración de los menores en el Estado al que han sido trasladado. Ciertamente, desde que en junio de 2019 se produce el traslado ilícito hasta que en julio del 2020 se resuelve la restitución por el JPI transcurre más de un año. Este tiempo, sin duda, permite a los menores adaptarse e integrarse en España, su nuevo lugar de residencia. Este último país es el lugar donde más tiempo han pasado y podría acreditarse que se han adaptado y que en él han desarrollado su vida cotidiana.

34. Sin embargo, la prolongación de esta residencia es coyuntural. Aunque la ausencia de una definición legal de residencia habitual favorece el debate planteado por la apelante, a partir de la interpretación efectuada por el TJUE, la residencia habitual del menor en el marco del texto europeo se corresponde con el lugar en el que el menor, atendiendo a su duración, regularidad, condiciones y razones de su estancia, está integrado en un entorno social y familiar<sup>47</sup>. En el caso resuelto por la Audiencia, sin perjuicio de las consideraciones que expondremos, la prolongación de la estancia se ha producido por circunstancias extraordinarias. Además, como afirma la Sala en el fundamento quinto de su sentencia, *el arraigo o en términos del art. 12 del Convenio de la Haya “integración en el nuevo ambiente” debe*

<sup>45</sup> El considerando 12 del Reglamento 2201/03 prevé que “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar;(..)” En esta misma línea se ha pronunciado el TJUE, entre otras, la sentencia de 15 de julio de 2010, *Purrucker*, C256/09, (EU:C:2010:437), apartado 91.

<sup>46</sup> Es la residencia habitual de la menor inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita la que determinará la licitud o ilicitud del traslado. Vid. STJUE de 8 de junio de 2017, as. *OL y PQ*, C-111/17, (ECLI:EU:C:2017:436); 2 de abril de 2009, as. *A*, C-523/07, (ECLI:EU:C:2009:225) y 9 de octubre de 2014, as. *C y M*, C-376/14 PPU, (ECLI:EU:C:2014:2268).

<sup>47</sup> Entre otras, vid. SSTJUE de 2 de abril de 2009, as. *A*, C-523/07, (ECLI:EU:C:2009:225); de 22 de diciembre de 2010, as. *B. Mercredi y R. Chaffe*, C-497/10 PPU (ECLI:EU:C:2010:829); de 9 de octubre de 2014, as. *C y M*, C-376/14 PPU, (ECLI:EU:C:2014:2268); de 15 de febrero de 2017, as. *W, V y X*, C-499/15, (ECLI:EU:C:2017:118)

*ser valorado cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo la sustracción hasta que se plantea la demanda.* En el presente caso la demanda se presentó en marzo de 2020, no obstante, desde noviembre de 2019, un mes después de conocer el traslado de los menores, el padre solicitó a través de las autoridades centrales escocesas la petición de restitución a la autoridad central española, que la denegó. El precepto citado prevé que no habrá de estimarse la demanda de restitución en aquellos supuestos en los que ha transcurrido un año desde el traslado ilícito sin que se haya efectuado la reclamación y se acredite la integración del menor en el nuevo ambiente. Circunstancias que no concurren en el presente asunto. No obstante, también es cierto que en este caso debe tenerse en cuenta la excesiva prolongación del proceso en detrimento de la tutela de los menores.

**35.** El retraso en la tramitación del procedimiento se ha producido como consecuencia de la declaración del estado de alarma decretado por la situación excepcional de crisis sanitaria. La celeridad que requería el texto convencional y a la que responden las disposiciones recogidas en la LEC ha resultado alterada por la crisis sanitaria y ello, sin duda, ha supuesto un perjuicio para los menores que han prolongado su estancia en España, alejados de su entorno habitual. Aunque fueron circunstancias sobrevenidas y excepcionales, con independencia de la suspensión de plazos o del sistema establecido a los efectos del cómputo del tiempo de prolongación de la situación de crisis, la tutela del interés superior de los menores requería la adopción de medidas tendentes a evitar que los menores se integren en el Estado al que han sido trasladados ilícitamente y la situación de hecho se consolide<sup>48</sup>.

**36.** La Guía de herramientas para el Convenio HCCH sobre sustracción de niños de 1980 en tiempos de Covid-19 establece algunas pautas para mitigar el impacto que supone la situación sanitaria y eliminar los obstáculos creados por la pandemia en orden a garantizar el cumplimiento de los requisitos procesales previstos en el texto convencional y eliminar los obstáculos para la restitución rápida<sup>49</sup>. En esta línea, por ejemplo, se incluyen instrumentos tendentes a asegurar la restitución rápida y segura del niño al Estado de residencia habitual llevando a cabo el cumplimiento adecuado y oportuno de las obligaciones del CH80; centrarse en el niño en cada caso particular, en el contexto de la aplicación del CH80; explorar cuidadosamente las excepciones planteadas a la obligación de restituir al niño, por ejemplo, la relacionada con la existencia de un posible grave riesgo de daño al niño tras su retorno; asegurar el contacto continuo y adecuado entre padres e hijos, especialmente cuando las medidas adoptadas frente a la COVID-19 puedan significar un período prolongado de separación física entre ellos; considerar la aplicabilidad de otras disposiciones en orden a la adopción de medidas provisionales urgentes para la protección del niño en espera de una solicitud de restitución; aprovechar la tecnología de la información, electrónica y de las comunicaciones, cuando sea posible, para asegurar que los casos previstos en el CH80 avancen hacia su resolución, incluyendo el archivo electrónico de documentos, las audiencias virtuales y/o híbridas, y la obtención de pruebas por medios electrónicos, entre otras.

**37.** En esta línea, con base en el foro previsto en el artículo 20.2 Reglamento 2201/03, hubiera sido conveniente la adopción de medidas destinadas a garantizar las relaciones de los menores con sus progenitores. Esta posibilidad, también estaría prevista en aquellos supuestos en los que no resulte aplicable el texto europeo y sean subsumibles 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>50</sup>, conforme a lo previsto en su artículo 11. Conforme a estas disposiciones, los tribunales españoles, en tanto que tribunales que conocen del

<sup>48</sup> Sobre las cuestiones interpretativas que suscita el cómputo del plazo previsto en el CH80 y el principio del interés superior del menor, vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, "Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española", *CDT* (marzo 2021), vol 13, núm. 1, pp. 134-152.

<sup>49</sup> Vid. <https://assets.hcch.net/docs/3a0aceaf-a251-4eaa-a42c-4bbc227cd863.pdf>

<sup>50</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).

traslado, gozan de competencia para adoptar las medidas cautelares previstas en su propia legislación<sup>51</sup>. En su virtud, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 773 LEC y 158 Cc el juez, a instancia de parte o de oficio, puede adoptar las medidas necesarias para la protección de los intereses del menor<sup>52</sup>.

**38.** En todo caso, siendo la protección de los menores la prioridad en supuestos como el que analizamos, las particularidades que el mismo plantea obliga a adecuar la solución convencional a la realidad regulada. El transcurso del tiempo favorece la adaptación de los menores en perjuicio de la restitución inmediata como medida más adecuada. En este marco, como afirmara el Tribunal Constitucional, *la integración del menor constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución*<sup>53</sup>. No obstante, se proyectan en este punto las limitaciones del objeto y contenido del proceso de restitución y su diferenciación respecto del proceso sobre la responsabilidad parental a las que hemos hecho referencia. Como ha señalado la doctrina<sup>54</sup>, no concurriendo las exigencias previstas en el CH80 para admitir la excepción de arraigo en los términos del artículo 13 a) del texto convencional en la medida en que no ha transcurrido un período superior a un año desde el traslado y la fecha de inicio del procedimiento de restitución, no es posible excepcionar con base en dicha alegación la restitución solicitada.

## 2. La existencia de grave riesgo. Especial referencia a los supuestos de violencia doméstica

**39.** Frente a la demanda de restitución interpuesta por el Sr. Gil, la Sra Gil, ahora apelante, alega la excepción de la existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga a los menores a un peligro físico o psíquico. La concurrencia de esta causa, en tanto que constituye una excepción a la regla general de restitución, debe ser acreditada por la parte que la alega<sup>55</sup>. A la Sra. Gil, a tenor de las previsiones normativas, corresponde su prueba. Debiendo ser valorada por el tribunal, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 217 LEC, para decidir acerca de la restitución de los menores. Valoración en la que se centra el fundamento cuarto de la sentencia que analizamos.

**40.** La interpretación del grave riesgo, en tanto que excepción a la regla general de restitución o retorno inmediatos, debe realizarse de forma restrictiva. En este marco, el riesgo ha de ser grave y concreto, sin que sea posible invocar un riesgo genérico<sup>56</sup>. Además, el tribunal, para decidir sobre la con-

<sup>51</sup> SSTJUE de 2 de abril de 2009, as. A, C-523/07 (ECLI:EU:C:2009:225); de 23 de diciembre de 2009, as. J. Deticek y M Sgueglia, C-403/09 PPU (ECLI:EU:C:2009:810); de 15 de julio de 2010, as. B. Purrucker y G. Vallés Pérez, C-256/09 (ECLI:EU:C:2010:437).

<sup>52</sup> M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)” cit, p. 30.

<sup>53</sup> STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16).

<sup>54</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: La integración en el nuevo menor”, *CDT*, (Octubre 2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 77-91; F. J. FORCADA MIRANDA, “CARENCIAS, NECESIDADES Y CONFLICTOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (...)” CIT. pp. 337-346.

<sup>55</sup> Vid., entre otras, el Auto de la AP Guipúzcoa de 14 septiembre de 2005 (ECLI: ES:APSS:2005:700A); las Sentencias de la AP de Barcelona, de 13 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:2580A); de la AP Baleares de 9 mayo de 2016, nº 141/2016, (ECLI: ES:APIB:2016:751); de la AP Girona de 23 enero de 2017, núm. 20/2017 (ECLI: ES:APGI:2017:15); de la AP Navarra de 3 octubre de 2018 núm. 449/2018 (ECLI: ES:APNA:2018:875); de la AP A Coruña, de 5 de julio de 2019, nº 262/2019, (ECLI: ES:APC:2019:1546); de la AP Madrid de 29 julio de 2020 (ECLI: ES:APM:2020:8521); de la AP de Málaga de 4 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APMA:2020:2464); de la AP de Barcelona de 12 de junio de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:4886); de la AP Asturias de 12 enero de 2021, nº 1/2021 (ECLI: ES:APO:2021:104). En esta misma línea se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, cit.

<sup>56</sup> Entre otras, la SAP de Guipúzcoa de 5 marzo de 2020 (EDJ 2020/826643); la de Pontevedra de 2 de mayo de 2019 (ECLI: ES:APPO:2018:354), en la que la Sala manifiesta que esta excepción debe ser objeto de interpretación restrictiva y probada por quien la alega, alejada del mero concepto de conveniencia; la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1ª) de 10 de mayo de 2018 afirma que es necesaria una certeza corroborada por pruebas objetivas del peligro físico o psíquico para los menores. Y en la SAP de Navarra (Secc. 3ª) de 3 de octubre de 2018 (ECLI: ES:APNA:2018:875) se afirma que para que no proceda el retorno del menor se exige en primer lugar que exista un grave riesgo, no bastando un riesgo de carácter general y ambiguo, no determinado, y en segundo lugar que dicho riesgo conlleve la exposición del menor a un peligro físico o psíquico.

currencia de la excepción planteada debe siempre basarse, a tenor de las circunstancias que singularizan el supuesto planteado, en el beneficio del interés superior del menor trasladado ilícitamente<sup>57</sup>. Con ello se trata de evitar, como señala el Informe explicativo, que el texto convencional se convierta en papel mojado. De otro modo, su invocación sistemática podría conllevar que los tribunales del lugar al que ha sido trasladado el menor sustituyan a los del Estado de su residencia habitual, con el menoscabo que ello implicaría al principio de confianza mutua que inspira el texto convencional<sup>58</sup>.

**41.** La autoridad competente para valorar la alegación de grave riesgo debe evaluar no solo las circunstancias anteriores al traslado sino, particularmente, la situación en la que se encontrará el menor al regresar a su Estado de residencia habitual; esto es, las circunstancias que tendrá si es restituido inmediatamente. Esta evaluación deberá comprender una valoración de las pruebas presentadas y acreditativas del riesgo alegado por quien solicita la no restitución, generalmente relacionadas con circunstancias anteriores o producidas en el momento del traslado. Asimismo, en función del peligro invocado, en su valoración el tribunal deberá tener en cuenta la existencia o no de medidas de protección adecuadas en el Estado de residencia habitual del menor. Para ello, junto a la actividad probatoria de quien solicita la restitución, el tribunal puede utilizar las vías articuladas a través de la cooperación judicial y cooperación de autoridades<sup>59</sup>. Este análisis le permitirá decidir si las circunstancias en las que el niño se pudiera encontrar supondrán o no su exposición a un grave peligro y, atendiendo a ello, concluir la restitución o no del menor trasladado ilícitamente.

**42.** La excepción de grave riesgo engloba distintas situaciones. De un lado, la exposición del niño a daño físico; de otro, la exposición del niño a daño psicológico; así como cualquier situación que ponga al niño en una situación intolerable<sup>60</sup>. Invocados de forma autónoma o en conjunto, estos riesgos se basan “en el interés primario de toda persona a no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico o colocada en una situación intolerable”<sup>61</sup>. A partir de esta delimitación, la primera cuestión que suscitan los supuestos de sustracción internacional de menores vinculados a situaciones de violencia doméstica o familiar se refiere a determinar si la alegación de violencia de género sobre la progenitora que efectuó el traslado, aunque no se hubiera producido contra los hijos, integra la causa de excepción antes referida, por cuanto los hijos pueden considerarse víctimas indirectas de la violencia de género ejercida contra su progenitora. En este punto debe tenerse en cuenta que España es parte del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica<sup>62</sup>. Dicho texto acoge una noción amplia del concepto de violencia contra la mujer por razones de género en su artículo 3 d) la define como “*toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”<sup>63</sup>.

**43.** A partir de este concepto, su incidencia en los supuestos de sustracción internacional de menores se puede proyectar de distintas formas. De un lado, cuando el padre, agresor, traslada ilícitamente al menor ejerciendo así una forma de maltrato psicológico sobre la madre (supuesto de violencia vica-

<sup>57</sup> Véase, entre otras, la SSAP de Asturias de 12 de enero de 2021 (EDJ 2021/519114); la de Guipúzcoa de 5 marzo de 2020 (EDJ 2020/826643); la de A Coruña de 5 julio de 2019 (EDJ 2019/660566). J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *CDT*, (marzo 2018), vol. 10, núm. 1, pp. 561-567.

<sup>58</sup> Véase el apartado 34 del Informe explicativo

<sup>59</sup> Véase apartado 43 de la Guía de Buenas Prácticas.

<sup>60</sup> Véase apartado 43 de la Guía de Buenas Prácticas.

<sup>61</sup> Véase el apartado 29 del Informe explicativo.

<sup>62</sup> Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (*BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2014).

<sup>63</sup> A diferencia del concepto más restringido previsto en la legislación española referido a aquella violencia que, como manifestación de situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por un varón con el que tiene o ha tenido una relación conyugal o relaciones similares de afectividad (artículo 1 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género). No obstante, de acuerdo con el Disposición Final Décima de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (*BOE* núm. 134, de 5 de junio), a partir de su entrada en vigor el próximo día 25 de junio, la violencia de género también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares y allegados menores de edad.

ria); de otro lado, cuando la madre, víctima de violencia y para escapar de su agresor se traslada a otro Estado llevándose a sus hijos con ella; y un tercer caso, cuando el traslado de una hija menor se lleva a cabo para evitar que sobre ella se ejerza directamente violencia de género<sup>64</sup>. Si bien en este último supuesto la menor es víctima directa de la violencia no ocurre lo mismo en los dos primeros. Estando acreditada, no se cuestionará el grave riesgo que para un menor supone el retorno a la situación de violencia que sobre él se ejercía. Mayores dificultades plantean aquellos supuestos en los que los menores no son víctimas directas del daño sino indirectas. Tales situaciones implican que los menores vivan y crezcan en un entorno familiar conflictivo que supondrá un condicionante para su desarrollo y bienestar y causará serios problemas de salud, exponiéndolos a asimilar y normalizar tales conductas. En definitiva, como se pone de relieve en la Guía de Buenas prácticas<sup>65</sup>, la situación del progenitor que sustrae al menor para escapar de la violencia de la que es víctima sí puede afectar al menor. En tales supuestos, si la madre sustractora prueba la existencia de situación de grave riesgo para el menor en caso de regresar al Estado de residencia habitual, se configura la excepción de grave riesgo del artículo 13 b) del texto convencional.

**44.** La prueba en el proceso de restitución, por las limitaciones de su objeto, es más difícil<sup>66</sup>. Es lo que ocurre en el supuesto resuelto por la Audiencia. La Sra Gil alega que existe un grave riesgo para los menores atendiendo a las circunstancias de violencia doméstica sufridas durante su estancia en Edimburgo. A partir del análisis de la prueba practicada, entre otras el Informe del Centre per a la igualtat i recursos per a dones (CIRD) del Ayuntamiento así como conversaciones y mensajes, ha quedado acreditada la existencia de una relación muy conflictiva entre las partes litigantes. Como afirma la Sala, la prueba practicada acredita la existencia de hechos producidos inmediatamente antes del traslado y con posterioridad en el contexto de una ruptura de pareja conflictiva. No obstante, también se afirma que no se ha practicado prueba determinante para afirmar la existencia de grave riesgo físico o psíquico para los menores. En relación con este extremo, la Sala considera que *La prueba es débil en tanto se concentra en un periodo corto de tiempo coincidente con la ruptura, no exenta de conflicto, de la relación de pareja, no hay denuncia alguna, ni anterior ni posterior, el padre ha podido comunicarse con sus hijos sin que se haya aportado prueba de perjuicio para los menores derivada de dichas comunicaciones*. En definitiva, queda acreditada la existencia de una relación muy conflictiva entre la pareja pero no existe prueba suficiente que acredite la existencia de perjuicio para los menores en las comunicaciones con su padre.

**45.** Aunque los supuestos de violencia doméstica sean subsumibles en el marco del artículo 13 b) del texto convencional y la realidad práctica evidencia un aumento de los supuestos que vinculan ambas situaciones, un análisis de práctica judicial pone de relieve que en pocas ocasiones es admitida esta alegación. La falta de prueba constituye el principal motivo por el que la misma no es acogida por nuestros tribunales<sup>67</sup>. Esta “debilidad” o falta de prueba se deriva, de un lado, porque se ha centrado en acreditar la violencia doméstica que, como en el supuesto que analizamos, era el fundamento sobre el que se sustenta la excepción de grave riesgo para los menores invocada por la apelante. De otro lado, puede ser fruto de la urgencia y rapidez que caracteriza el procedimiento articulado en la LEC. Sin embargo, la tutela del interés superior del menor requiere que el retorno no suponga una solución automática. En la valoración de la excepción planteada la urgencia y rapidez del proceso harán necesaria la participación y cooperación de autoridades y la intervención en la prueba del órgano judicial en los términos del artículo 778 LEC.

### 3. La prueba en el marco del proceso de restitución

**46.** Las situaciones de violencia doméstica, familiar o de género entrañan una dificultad probatoria peculiar al ser situaciones que se producen en un entorno de intimidad familiar y, además, por las

<sup>64</sup> M.J. CAÑADA LORENZO, “La incidencia de la Violencia de Género en la sustracción internacional de menores (...)”, cit , p. 3.

<sup>65</sup> Véase apartado 2.I.52 de la Guía de Buenas Prácticas.

<sup>66</sup> SSAP de Granada 152/2017, de 21 de abril (ROJ 486/2017) y de Las Palmas 436/2016 de 25 de julio (ROJ 2345/2016).

<sup>67</sup> Vid. SAP de A Coruña de 5 julio de 2019 (EDJ 2019/660566).

propias características de las víctimas de violencia de género. A ellas se añaden las derivadas de la internacionalidad del supuesto, relativas a los condicionantes de su estancia en el extranjero, las dificultades para buscar protección y desenvolverse en un país distinto al de su nacionalidad. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona es una de tantas dictadas en nuestro país en las que, por falta de prueba, no se admite la excepción de grave riesgo derivada de una situación de violencia doméstica frente a la solicitud de restitución de los menores trasladados ilícitamente<sup>68</sup>.

**47.** Ahora bien, estando acreditada la existencia de una relación conyugal conflictiva, la relación entre esta y la posibilidad de que los menores puedan sufrir daños psíquicos o físicos hubiera aconsejado adoptar medidas o asegurarse que en el Estado de la residencia habitual se adoptasen medidas destinadas a evitar que el mismo se produjera. Como señala ASTRAY CHACÓN resumiendo los aspectos más relevantes del Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el artículo 13 b) CH80, debe tenerse constancia de la relación entre la violencia conyugal y el maltrato infantil y tener en cuenta que el grave riesgo futuro no requiere necesariamente la prueba de la violencia infligida al menor, que puede estar en peligro por la correlación entre ambas violencias<sup>69</sup>. En este marco, también debemos tener en cuenta que encontrándonos ante un proceso de restitución, por su propia naturaleza no dispositiva, si bien solo serán admisibles aquellas pruebas pertinentes para decidir sobre la licitud o ilicitud del traslado o la concurrencia de las excepciones que fueran oponibles y las medidas a adoptar, el juez, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, puede recabar los informes que estime pertinentes<sup>70</sup>.

**48.** En este ámbito, la audiencia del menor trasladado ilícitamente adquiere especial relevancia. En línea con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 20 CH 80 y 11 del Reglamento 2201/03, el párrafo octavo del artículo 778 *quinquies* de la LEC dispone que, antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia del menor o su retorno del lugar de procedencia, el juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia de este no se considere conveniente, atendiendo a su edad o a su grado de madurez, lo cual se hará constar en resolución motivada. Con ello no se trata de decidir acerca del fondo de la custodia sino que la audiencia del menor en el proceso de restitución abordará, entre otros aspectos, conocer la opinión de los menores ante el traslado, su entorno e integración así como sus relaciones con sus progenitores.

**49.** A la vista de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, los menores, de tres y seis años de edad, no han sido oídos por el tribunal. Esta circunstancia en nada favorece la decisión adoptada. Ciertamente, conforme a las disposiciones citadas en el párrafo anterior la audiencia del menor no puede ser considerada obligatoria en todos los supuestos, debiendo atender el tribunal a la edad del menor y a su grado de madurez. No obstante, la configuración del derecho a ser oído como un derecho fundamental de los menores consagrado en los textos internacionales<sup>71</sup> y en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor<sup>72</sup> se traduce en una obligación cuya denegación debe constituir una excepción que, en todo caso, ha de justificarse o motivarse<sup>73</sup>.

**50.** No habiendo sido acreditada la concurrencia de la excepción de grave riesgo, conforme a lo manifestado por la Sala, es innecesario valorar la disponibilidad de medidas de protección adecuadas en el Estado de residencia habitual del menor, en los términos del artículo 11.4 Reglamento 2201/03<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> Entre otras, la SAP436/2016, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de julio (ROJ:SAP GC 2345/201); SAP Murcia 437/2016, de 14 de julio ( ROJ: SAP MU 1834/2016) acuerda el retorno de los menores a Holanda porque estima acreditadas discrepancias entre los progenitores y situación de intolerancia entre los mismos, pero no situación de riesgo de exposición del menor a un peligro físico o psíquico; SAP Asturias ( ROJ: SAP O 863/2017) de fecha 15 de marzo de 2017.

<sup>69</sup> M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)” cit, p. 62.

<sup>70</sup> M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)” cit, p. 31.

<sup>71</sup> Vid. artículo 24, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los artículos 9 y 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

<sup>72</sup> Vid. artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>73</sup> M. P. ASTRAY CHACÓN, “Las sombras del proceso de restitución del menor. (...)” cit, p. 37.

<sup>74</sup> Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 5 de julio de 2019, nº 262/2019, (ECLI: ES:APC:2019:1546).

Este precepto prevé que, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del CH 80 si se demuestra que se han adoptado «medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución». Así, la SAP de Málaga de 30 de abril de 2015, acordó la restitución del menor porque el Estado requirente había adoptado medidas de protección<sup>75</sup>. Sin embargo, en otra sentencia de 11 de septiembre de 2007 denegó la restitución porque no se habían adoptado tales medidas<sup>76</sup>. Con ello, el Reglamento 2210/2003 trata de evitar una aplicación del texto convencional que permita “legalizar” los secuestros internacionales de menores en detrimento de la confianza mutua y las normas de competencia que establecen las disposiciones europeas<sup>77</sup>. Las críticas, por promover el automatismo de decisiones de restitución en los denominados supuestos de retorno seguro, se justificaban por considerar que no debía estar obligada la restitución una vez se había acreditado la excepción de grave riesgo prevista en el texto convencional.

**51.** En cambio, aunque menos numerosas, algunas decisiones de nuestros tribunales admiten la excepción de grave riesgo<sup>78</sup>. La SAP de Guipúzcoa de 5 de marzo de 2020 es una de ellas<sup>79</sup>, tras la valoración de la prueba concluye la no restitución del menor porque *“en este caso que nos ocupa se da la circunstancia de que de la prueba practicada en el procedimiento han resultado acreditados los hechos reseñados por la Juez a quo en su resolución, pues, aun cuando se da la circunstancia de que se ha sostenido por parte tanto del Ministerio Fiscal, como de D. Eladio, que tales hechos no han quedado acreditados, por cuanto se trata de hechos que tan solo han sido puestos de manifiesto por la demandada en sus declaraciones, sin embargo no puede aceptarse en modo alguno tal alegación, por cuanto que ciertamente los mismos se encuentran corroborados por los informes obrantes en las actuaciones, en los que no sólo se expone con toda claridad que el relato efectuado por D<sup>a</sup>. Florinda es perfectamente creíble en todos sus extremos, sino que, además, los mismos ponen de manifiesto los síntomas que la misma presentaba a su llegada a este país y que permiten apreciar que se encontraba asustada, angustiada, desconfiada insegura y deprimida, con pérdida de autoestima, padeciendo insomnio, así como falta de apetito y de energía, síntomas que dotan de credibilidad al relato por ella verificado de los acontecimientos vividos y que en la actualidad va superando positivamente, habiéndose mostrado como una mujer amable, respetuosa, colaboradora, con capacidad de resiliencia, y que busca los aspectos positivos a su situación, a fin de adaptarse a ella y de lograr un futuro mejor para ella y su hijo.*

*Esos mismos informes se pronuncian en relación al menor Higinio y señalan, por una parte, que el pequeño, cuando llegó a este país, se mostraba esquivo con la mirada, no mantenía contacto visual y no prestaba atención cuando se le llamaba por su nombre, actitud esta que también su madre puso de manifiesto en las extensas alegaciones que efectuó en apoyo a su solicitud de protección, cuando indicó que su hijo llegó muy afectado por el trato que le había dado su padre y que “no miraba a los ojos a nadie, ni a mí, no respondía cuando lo llamaban por su nombre” y que “estaba muy nervioso e hiperactivo”, y, por otra parte, que en el colegio presentaba un claro retraso en el desarrollo del lenguaje, extremo este también apuntado por su madre, que inicialmente se relacionaba con sus compañeros a través de la violencia y que no se relacionaba con otros niños, no demandando la compañía de sus iguales y tendiendo a jugar solo, en tanto que, en la actualidad y transcurrido un cierto tiempo, se observa en él una mejoría en cuanto al contacto visual, dado que se muestra más confiado, seguro y tranquilo, así como contento, en tanto que en clase ha mejorado también en cuanto a la interacción con los otros niños. Es, por todo ello, por lo que no puede tomarse en consideración la alegación que D. Eladio efectúa en su escrito de recurso en el sentido de que no se ha practicado al niño ningún examen psicológico en orden a determinar su estado, para a continuación señalar que, dada su edad, no procedería verificársele examen alguno, por cuanto que, precisamente por la corta edad del niño, lo que resulta fundamental son los informes que han emitido*

<sup>75</sup> SAP Málaga 243/2015, de 30 de abril (ROJ: SAP MA 2349/2015); 588/2012 de 13 de noviembre.

<sup>76</sup> SAP de Málaga 463/2007 de 11 de septiembre (ROJ: SAP MA 2052/2007).

<sup>77</sup> A. L. CALVO CARAVACA/J CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, cit.

<sup>78</sup> Entre otras, las sentencias de la AP de Barcelona de 12 junio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:4886) SAP Guipúzcoa de 5 marzo de 2020 (ECLI: ES:APSS:2020:1496); de Madrid de 21 de marzo de 2012, (ECLI:ES:APM:2012:4853A), y en el AAP de Cádiz de 22 de febrero de 2011, (ECLI:ES:APCA:2011:30A).

<sup>79</sup> SAP Guipúzcoa de 5 marzo de 2020 (EDJ 2020/826643).

*en relación a él aquellas personas que se han ocupado del mismo y de su madre y que, por ese motivo, han constatado su conducta y sus reacciones en los primeros meses, tras llegar a este país, siendo asimismo importante reseñar que, al principio, el niño se hallaba muy inquieto cuando, en el colegio, se separaba de su madre, lo que evidencia el estrecho vínculo afectivo que media entre ambos y el hecho de que de ninguna manera a ella le puede ser atribuida esa actitud inicial de su hijo, que ponía de manifiesto, como se reseña en tales informes, una sintomatología propia de un pequeño que ha podido ser objeto de un maltrato.*

## V. Las medidas de ejecución destinadas a garantizar el retorno del menor

**52.** La ejecución de la orden de restitución o retorno del menor sustraído no solo integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sino, especialmente, su vulneración puede determinar una violación de los derechos de los menores<sup>80</sup>. Por ello, la adopción de medidas destinadas a garantizar su ejecución adquieren especial relevancia, siendo uno de los aspectos destacados en la Guía de Buenas Prácticas del CH80. En ella se promueve la necesidad de que la decisión de retorno establezca detalladamente la forma en que ha de ejecutarse la decisión de retorno del menor sustraído ilícitamente<sup>81</sup>. En esta línea, el apartado noveno del artículo 778 *quinquies* LEC dispone que la resolución que acuerde la restitución del menor o su retorno establecerá detalladamente la forma y el plazo de ejecución, pudiendo adoptar las medidas necesarias para evitar un nuevo traslado o retención ilícito del menor tras la notificación de la sentencia. De otro lado, el apartado decimotercero del precepto citado incorpora algunas medidas destinadas a asegurar la ejecución de la decisión relacionadas con la actuación de la Autoridad central, con la intervención de servicios sociales y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

**53.** El fallo de la sentencia dictada por la Audiencia, junto a la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia apelada, ordenando la restitución del menor, estima parcialmente la impugnación del recurso de apelación que plantea la representación del Sr. Gil, demandante en la instancia, ahora parte apelada. En particular, la estimación se refiere a las medidas de ejecución que se deben adoptar para hacer efectiva la orden de restitución de los menores al Estado de su residencia habitual anterior al traslado.

**54.** El amplio margen de actuación del que goza el tribunal en relación con la ejecución del retorno de los menores justifica las medidas adoptadas en el fundamento sexto de la sentencia dictada por la Sala. Conforme al artículo 236-3 Cc catalán<sup>82</sup> la sentencia de apelación determina cómo ha de llevarse a cabo la restitución de los menores a Edimburgo<sup>83</sup>. Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se produjo el traslado y que desde entonces los menores se encuentran al cuidado de la madre, la Sala ordena que sea esta quien se desplace con los menores a Edimburgo en el plazo de quince días. Además, mostrando una vez más la interrelación a la que hemos hecho referencia entre el proceso de restitución y el proceso sobre el fondo del asunto, la Sala manifiesta que, durante su estancia podrá presentar la demanda ante los Tribunales competentes o puede ser que el padre plantee el procedimiento correspondiente a los Tribunales del Estado de la residencia habitual fijar las medidas de guarda y custodia así como las pautas de comunicación que estime oportunas. Los gastos de viaje corresponderán a la madre, conforme a lo dispuesto en el artículo 778 *quinquies* 10 LEC.

<sup>80</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, núm. 7578, 28 de febrero de 2011.

<sup>81</sup> Vid. aptdo 6.7 de la Guía de Buenas prácticas

<sup>82</sup> Artículo 236-3. Intervención judicial. 1. *La autoridad judicial, en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad. A tal efecto, puede limitar las facultades de los progenitores, exigirles la prestación de garantías e, incluso, nombrar a un administrador judicial.* 2. *La autoridad judicial puede adoptar las medidas a que se refiere el apartado 1 de oficio o a instancia de los propios hijos, de los progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, de los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad y del ministerio fiscal.*

<sup>83</sup> SAP de Barcelona de 3 de octubre de 2017; SAP Navarra de 3 octubre de 2018 (EDJ 2018/662709).

55. Alternativamente, si la medida especificada en el apartado anterior no se cumpliera, la Sala acuerda que la madre entregue a los niños con la documentación de identificación necesaria a su padre para ser trasladados a Edimburgo de forma inmediata, debiendo adoptarse las medidas pertinentes para que la entrega se haga efectiva en España y para permitir el viaje de los niños, incluyendo el alzamiento de las medidas de prohibición de salida del territorio nacional si las hubiere. Para terminar, la Sala recomienda, siguiendo las pautas de la Conferencia de La Haya que los progenitores se sometan a un procedimiento de mediación en los términos del artículo 778 *quinquies* LEC para acordar los términos de la restitución.

56. La primera cuestión que plantean las medidas adoptadas se refiera a su calificación, naturaleza y fundamentación jurídica. En el proceso de restitución inmediata del menor, las medidas tendentes a garantizar la eficacia y rapidez del retorno adquieren especial relevancia. En este contexto, junto a medidas cautelares y provisionales que responden a una finalidad preventiva y tratan de evitar o impedir el riesgo de traslados ilícitos (artículos 103 y 158Cc), se encuentran aquellas otras que tienen por objeto garantizar la efectividad, seguridad y ejecución de la decisión adoptada. En esta línea, la sentencia de apelación tiene un contenido amplio e incluye datos claros relacionados con la forma en la que deberá procederse a la restitución y, atendiendo a las circunstancias del supuesto especifica vías alternativas tendentes a garantizar la tutela de los menores y su inmediata restitución. Entre estas medidas, la mediación se propone como mecanismo para facilitar la ejecución de la decisión de retorno<sup>84</sup>.

## VI. A modo de conclusión

57. Las circunstancias en las que actualmente se desarrollan algunos supuestos de sustracción internacional de menores evidencian su vinculación con situaciones de violencia doméstica o de género. En tales casos, la excepción de grave riesgo para el menor como consecuencia de la restitución o retorno inmediato debe ser acreditada por la persona que la alega, esto es, quien ha llevado a cabo el traslado ilícito. La práctica judicial española evidencia las dificultades que suscita aquella realidad. La prueba de estas situaciones, que ya resulta compleja por las particularidades que implica, se incrementa en supuestos vinculados a distintos Estados. Si bien su valoración corresponde al tribunal que conoce del proceso de restitución, es imprescindible en este ámbito la cooperación de autoridades. La tutela del interés de los menores, auténticas víctimas de los traslados ilícitos, debe guiar la actuación de las autoridades, judiciales y administrativas, que intervienen así como la labor de las partes en el proceso. La adecuación de las previsiones normativas a las particularidades de cada caso en aras a la tutela del interés superior del menor debe guiar las soluciones frente a los traslados ilícitos de menores cuando concurre violencia de género, doméstica o familiar.

---

<sup>84</sup> Otras decisiones también promueven la mediación. Vid, a modo de ejemplo, la SAP Navarra de 3 octubre de 2018 (EDJ 2018/662709). Sobre la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores, vid. C. ARCÁRRAGA MONZONÍS/P. QUINZÁ REDONDO, “Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio”, *CDT* (octubre 2018), vol. 10, núm. 2, pp. 795-801; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La mediación en la sustracción internacional de menores desde la perspectiva europea”, en V. Rojas Amandi (Coord.) *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado: Libro Homenaje al Dr. Leonel Perezniato Castro*, 2017, pp. 317-348; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores”, en C. Azcárraga Monzonís y P. Quinzá Redondo (Eds): *Tratado de Mediación, Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, 2017; N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2015.

# LA EXCEPCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL: ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL SISTEMA ESPAÑOL Y ALEMÁN EN SUSPUESTOS DE DIVORCIO

## THE INTERNATIONAL PUBLIC POLICY EXCEPTION: A COMPARATIVE STUDY OF THE SPANISH AND GERMAN SYSTEMS IN DIVORCE CASES

ANNA PAULINE -

*Egresada en el Doble Grado en Derecho hispano-alemán entre la Universidad  
de Bayreuth y la Universidad Pablo de Olavide*

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad de León*

ORCID ID: 0000-0002-9427-287X

Recibido: 09.07.2021 / Aceptado: 27.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6252>

**Resumen:** En el presente estudio se realiza una introspección legal y jurisprudencial del orden público internacional en supuestos de divorcio con elemento extranjero desde un enfoque de derecho comparado entre el régimen español y alemán ante la dificultosa, pero creciente convivencia con instituciones del mundo islámico, tal y como sucede con el repudio. Se abordan cuestiones, esencialmente, sobre ley aplicable y reconocimiento de divorcios extranjeros, con especial consideración en las consecuencias que ello supone frente a la armonización del Derecho internacional privado europeo. Debido a la exclusión material del divorcio privado, en aras del Reglamento (UE) 1259/2010, el repudio se rige por cláusulas de orden público internacional de distintas naturalezas jurídicas. Su cuestionado art. 10, aplicable por referencia en España, implica una relajación de los criterios sostenidos tradicionalmente, facilitando su invocación frente al repudio, mientras que su vigencia en Alemania aminora el uso de la figura.

**Palabras clave:** orden público internacional, Derecho comparado, crisis matrimonial transfronteriza, ley aplicable, reconocimiento.

**Abstract:** In this paper, a legal and jurisprudential introspection of international public order is carried out in cases of divorce with a foreign element from a comparative legal approach between the Spanish and German regimes in the face of the difficult, but growing coexistence with institutions of the Islamic world, as it happens with repudiation. Issues are addressed, essentially, on applicable law and recognition of foreign divorces, with special consideration of the consequences that this entails in the face of the harmonization of European private international law. Due to the material exclusion of private divorce, for the sake of Regulation (EU) 1259/2010, the repudiation is governed by clauses of interna-

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación 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 que es Investigador Principal el Prof. DR. ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT.

tional public order of different legal natures. His questioned art. 10, applicable by reference in Spain, implies a relaxation of the criteria traditionally held, facilitating its invocation in the face of repudiation, while its validity in Germany reduces the use of the figure.

**Keywords:** international public policy, comparative law, foreign private divorce, cross-border matrimonial crisis, applicable law, recognition, conflict of laws.

**Sumario:** I. Aspectos introductorios. 1. Acercamiento a una realidad controvertida: el orden público internacional. 2. Función y efectos del orden público internacional. 3. El orden público internacional en sede de ley aplicable. 4. El orden público internacional en sede de reconocimiento. II. Fuentes del orden público internacional. 1. Régimen jurídico español. 2. Régimen jurídico alemán. 3. Régimen europeo. 1. El orden público internacional en el Reglamento (UE) 1259/2010. 2. El orden público internacional en el Reglamento (CE) 2201/2003. III. Límites y control de aplicación. 1. Influencia de normas comunitarias en el orden público internacional. 2. Postura del TJUE sobre sus competencias de control de orden público internacional. 2.1. Idea preliminar. 2.2. El asunto *Sahyouni*. 2.3. Perspectivas futuras alrededor de un orden público europeo aplicable a repudios. IV. La compleja tarea de homologación del repudio. 1. Delimitación entre Talaq, repudio y divorcio. 2. Rasgos problemáticos del repudio. 2.1. Revocabilidad. 2.2. Unilateralidad. 2.3. Ausencia de intervención judicial. V. El orden público internacional en sede de ley aplicable. Análisis comparativo del enfoque español y alemán. 1. Vulneración del principio de igualdad. 2. Intensidad de la incompatibilidad. 3. Ámbito de control. 4. Relatividad del orden público internacional. 4.1. Relatividad espacial. 4.2. Relatividad temporal. 5. Efectos. VI. El orden público internacional en sede de reconocimiento. Análisis comparativo del enfoque español y alemán. 1. Requisitos para el reconocimiento de divorcios privados. 1.1. Acto de una autoridad estatal. 1.2. Vulneración de garantías procesales. 2. Intensidad de la incompatibilidad. 3. Ámbito de control. 4. Efectos atenuantes. VII. A modo de reflexión final.

## I. Aspectos introductorios

### 1. Acercamiento a una realidad controvertida: el orden público internacional

1. De todo es muy bien sabido que, el Derecho Internacional Privado ha de servir como canal de comunicación intercultural, esto es, entre realidades culturales *diversas*<sup>1</sup>. No obstante, el concepto del automatismo de la aplicación de leyes extranjeras parte de la idea de ordenamientos “sustancialmente equivalentes”<sup>2</sup> y con pertenencia a la comunidad occidental. En la actualidad, el territorio europeo es multicultural; en este sentido, Alemania posee excelsa experiencia con sucesivas generaciones de inmigrantes desde estados con tradición islámica mientras que España se ha convertido en un país de inmigración más recientemente<sup>3</sup>. Los estados cuyos sistemas jurídicos se inspiran en las disposiciones del islam tienen una comprensión social distinta a la occidental.

2. La apariencia de figuras jurídicas desconocidas ante tribunales europeos hace imprescindible la excepción del orden público internacional como mecanismo jurídico protector de los valores considerados esenciales en el foro. Su campo de actuación elemental es el Derecho de familia<sup>4</sup> que se rige

<sup>1</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 46, núm. 2, 1994, pp. 557-585, citado por H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>2</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>3</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>4</sup> Cf. D. BAETKE, “Band 6: Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht: Art. 6 EGBGB”, en M. WÜRDINGER (ed.), *Juris PraxisKommentar BGB*, 9.a ed., Juris GmbH, Saarbrücken, 2020.

por valores “de carácter estructural, básico e inderogable”<sup>5</sup>, tales como la igualdad de los cónyuges y el interés del menor.

Así las cosas, el fenómeno migratorio da lugar a una internacionalización de las relaciones familiares<sup>6</sup>. En un mundo globalizado, no es inhabitual que un matrimonio se disuelva en un país distinto a aquel de su constitución<sup>7</sup>. Sirva como ejemplo, el repudio el cual resulta la modalidad más usual de disolución de matrimonio en el mundo islámico<sup>8</sup> y exige a los tribunales europeos el desarrollo de una técnica uniforme para su homologación.

3. En lo que aquí atañe, el orden público internacional equivale a un “Camaleón”<sup>9</sup>, esto es, un concepto abstracto para garantizar su empleo versátil en un número indeterminado de supuestos futuros y variable en función de la realidad social<sup>10</sup>. A la vez, tiene el inconveniente de ser difícil de captar, pues su noción es “en extremo sutil, imprecisa e indeterminada”<sup>11</sup>.

El término *orden* indica una noción estabilizadora, constituye el “edificio jurídico general” sin el cual el sistema “se vendría abajo”<sup>12</sup>. El término *público* hace referencia al actor, pues los valores defendidos pertenecen a un colectivo social<sup>13</sup>. Se derivan de una experiencia social continuada que demostró su indispensabilidad para el grupo concreto<sup>14</sup>. Ello convierte al orden público internacional en “más nacional que internacional”<sup>15</sup>: el término *internacional* no hace referencia a un conjunto de valores compartidos por la comunidad internacional, sino a aquella parte de los valores nacionales con transcendencia en el tráfico externo<sup>16</sup>. Cada estado los define de modo distinto, por lo que el contenido del orden público varía de un país a otro<sup>17</sup>. Aunque los principios jurídicos básicos alemanes y españoles son bastante similares, el ejemplo del repudio demuestra la subsistencia de visiones divergentes hacia el divorcio.

4. Frente al marcado carácter nacional del orden público internacional, el proceso armonizador del Derecho internacional privado dentro de la UE influye en la frecuencia del uso de la figura. A la hora de su aplicación, Alemania y España se mueven dentro del mismo marco establecido por las normas del Derecho internacional privado europeo, el derecho comunitario primario y los principios de origen supra e internacional. Esa igualdad de condiciones sugiere un enfoque común: para apreciar la probabilidad

<sup>5</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>6</sup> Cf. N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª) núm. 120/2018, de 9 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 834-840.

<sup>7</sup> Cf. N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 460-492.

<sup>8</sup> Cf. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.

<sup>9</sup> B. DUTOIT, “L’ordre public: caméléon du droit international privé”, en B. DUTOIT et al. (ed.), *Mélanges Guy Flattet: recueil de travail offerts à M. Guy Flattet*, Lausanne, 1985, citado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>10</sup> Cf. STS 23/11/1995, citada por Mª.A. GAITÓN REDÓNDO, “Artículo 12 del Código Civil”, en P. MARTORELL ZULUETA (ed.), *Código civil con jurisprudencia sistematizada*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 215-217.

<sup>11</sup> ATS 24/10/1979.

<sup>12</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>13</sup> Cf. *ibid.*

<sup>14</sup> Cf. L.A. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 516-535.

<sup>15</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>16</sup> Cf. C. ESPLUGUES MOTA, “La determinación del Derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aplicación práctica de la norma de conflicto”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES et al. (ed.), *Derecho internacional privado*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 239-260.

<sup>17</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

de un orden público internacional europeo uniforme es preciso examinar si sus regulaciones nacionales armonizan o si existen divergencias en el uso de la figura que lo impiden. Por ello, la comparación entre el orden público internacional español y alemán no constituye un fin en sí mismo.

5. Por consiguiente, se pretende analizar cómo se aplica el orden público internacional dentro de los mismos límites constituidos por los objetivos de la UE y los intereses del tráfico externo: ¿se puede observar una aproximación del uso de la excepción del orden público internacional en los dos países comparando el respectivo enfoque frente al repudio? O, por el contrario, ¿se utiliza al orden público internacional como mecanismo de aislamiento nacional a pesar de la tendencia armonizadora en el Derecho internacional privado?

## 2. Función y efectos del orden público internacional

6. La norma de conflicto es la regla general y favorable a la aplicación de un derecho extranjero, mientras que la intervención del orden público internacional es la regla excepcional y contraria a la aplicación de un derecho extranjero<sup>18</sup>. El orden público internacional desactiva la ley extranjera cuando el resultado de su aplicación al caso concreto sea incompatible con los principios jurídicos esenciales del fuero. Las normas de conflicto suponen un “salto en la oscuridad”<sup>19</sup> al convocar una ley cuyo contenido sustantivo es imprevisible<sup>20</sup>. Una solución favorable para el litigante extranjero podría implicar un perjuicio para la “estructura jurídica básica”<sup>21</sup> del foro.

7. En una primera fase, el operador jurídico examina la norma extranjera en cuanto a su contenido material, alcance y el resultado hipotético<sup>22</sup>. Una vez contrastados los resultados según la *lex fori* y la *lex causae*, tendrá base suficiente para deducir la relevancia de ciertos principios que choquen con la regulación de la ley extranjera<sup>23</sup>. Así, tendrá lugar una ponderación entre el interés de los litigantes confiando en la vigencia de la norma de conflicto,<sup>24</sup> del estado garantizador de los valores esenciales y de la comunidad internacional interesada en el normal funcionamiento del tráfico externo<sup>25</sup>.

8. En cierto modo, el orden público internacional es una “norma de conflicto incompleta”<sup>26</sup> porque no proporciona por sí sola una solución sustantiva al caso. Su función negativa se refleja en la ausencia de una disposición relativa a la ley aplicable en su defecto. Es decir, el orden público internacional constituye una “válvula de seguridad”,<sup>27</sup> se limita a la defensa emergente del núcleo de valores,

<sup>18</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>19</sup> L. RAAPE / F. STURM, “*Internationales Privatrecht: Vol. I*”, 6ª ed., Verlag Franz Vahlen, München, 1934, citado por B. V. HOFFMANN & K. THORN, “§6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. V. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 136-154.

<sup>20</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>23</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>24</sup> *Cf. ibid.*

<sup>25</sup> Cf. A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>26</sup> M. VOLTZ, “IPR – Allgemeiner Teil: Art. 3 – 6 EGBGB”, en D. HENRICH (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Otto Schmidt/De Gruyter Verlag OHG, Berlín, 2013.

<sup>27</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

imprescindibles incluso en supuestos de tráfico externo. El silencio relativo a la ley aplicable refleja la prevalencia del principio de cooperación en el plano internacional, pues no se trata de promover los valores de la *lex fori* mediante su aplicación subsidiaria automática.

### 3. El orden público internacional en sede de ley aplicable

9. La excepción del orden público internacional de ley aplicable se materializa cuando la norma extranjera señalada como *lex causae* prevé una solución al caso concreto que es incompatible con el orden público internacional del fuero.

El objeto cuya contrariedad se investiga por el operador jurídico es una norma jurídica. La finalidad de los litigantes consiste en *crear* en el foro una situación jurídica conforme a una ley extranjera. El lugar en el que la decisión surtirá efectos suele coincidir con el foro. Cuando se pretenda crear una situación jurídica ahí, el orden público “opera de modo total, completo y radical”<sup>28</sup>. Como consecuencia jurídica, se elude la constitución de la situación jurídica conforme a los preceptos de la ley extranjera.

### 4. El orden público internacional en sede de reconocimiento

10. El orden público internacional en el contexto del reconocimiento ha lugar cuando se pretende conferir efecto a una situación jurídica creada legalmente en el extranjero. El objeto, cuya compatibilidad con el orden público internacional se examina, no es la norma jurídica en sí, sino la decisión de una autoridad extranjera *sobre la base* de un ordenamiento jurídico extranjero<sup>29</sup>. El litigante desea continuidad trasfronteriza, es decir, la extensión de los efectos de la situación jurídica creada anteriormente. Suelen ser situaciones que no solamente han surgido en el extranjero, sino que además han surtido sus efectos principales en otro país, normalmente careciendo de un nexo con el fuero<sup>30</sup>. Sin embargo, el lugar dónde el reconocimiento surtirá sus efectos pueda variar. Una vez activado, el orden público de reconocimiento evita que la situación jurídica creada en el extranjero surta efectos en el fuero. No obstante, sigue presentando plena efectividad en el lugar de constitución.

11. A diferencia de lo acaecido en ley aplicable, el orden público internacional de reconocimiento no opera plenamente. Cabe distinguir entre los efectos nucleares y los efectos periféricos. Se consideran nucleares todos los efectos derivados del reconocimiento que perjudican a los principios esenciales del foro<sup>31</sup>. Aquí es donde opera el orden público en la misma intensidad que en relación con la ley aplicable. Por el contrario, los efectos periféricos son aquellos que se consideran compatibles con el orden público internacional admitiéndose sin perjuicio del rechazo del efecto nuclear.

12. Por consiguiente, el orden público internacional está dividido en dos categorías. De un lado, la incompatibilidad con las garantías procesales del foro da lugar al orden público internacional procesal. Por otro lado, una incompatibilidad con el contenido jurídico-material de la decisión extranjera activa el orden público internacional material.

<sup>28</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>29</sup> Cf. M. FREY & L. PFEIFER, „Der ordre public – die öffentliche Ordnung: derselbe Begriff, verschiedene Funktionen – ein Rechtsprinzip?“, *Europarecht*, vol. 50, núm. 6, 2015, pp. 721-734.

<sup>30</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>31</sup> Cf. *id.*

## II. Fuentes del orden público internacional

### 1. Régimen jurídico español

13. El art. 12.3 del Código civil español (CC) recoge la cláusula general de orden público internacional en el marco de la ley aplicable<sup>32</sup>. Su última modificación coincidió con la reforma del Título Preliminar del código civil en 1974 que pretendía una mejor adecuación del Derecho internacional privado a las exigencias del tráfico externo<sup>33</sup>.

14. En contraste con las cláusulas de orden público internacional de origen internacional<sup>34</sup>, carece del adjetivo *manifestamente* contrario. Dicha ausencia ha sido interpretada por la doctrina de distinto modo. Algunos autores consideran prescindible su inclusión porque una interpretación a la luz de los tratados internacionales suscritos por España obliga a entender el art. 12.3 CC en el sentido de *manifiesta*<sup>35</sup>. En cambio, otro sector entiende que, la exclusión del término demuestra que el legislador no tenía suficientemente presente los instrumentos internacionales en el ámbito del Derecho internacional privado ni su influencia en la aplicabilidad del orden público internacional español<sup>36</sup>. No debe caer en baldío que, la modificación de la cláusula cae dentro de una época en la cual España suscribía un número elevado de tratados internacionales de Derecho internacional privado, convirtiéndose la regulación del orden público, enmarcada por el artículo 12.3 CC, en meramente residual. Por ello, cierto sector doctrinal estima que, favorecería añadir al Capítulo IV del Título Preliminar un precepto que recoja la primacía de los tratados internacionales en el ámbito del Derecho internacional privado<sup>37</sup> para facilitar la interpretación de la cláusula del orden público internacional doméstico en el sentido de una incompatibilidad *manifiesta*.

En ningún caso, debe ser equiparado con divergente, porque la existencia de un resultado meramente distinto a la solución ofrecida por la *lex fori* no presupone un daño para la sociedad española<sup>38</sup>.

15. Otro problema constituye el término ambiguo *orden público*<sup>39</sup>. La delimitación entre su noción amplia y restrictiva se logra mediante una interpretación sistemática. La expresión *internacional* es prescindible porque el art. 12.3 CC se sitúa en el Capítulo IV del Título Preliminar dedicado a normas de Derecho internacional privado que se caracterizan por ser aplicables a supuestos de tráfico externo<sup>40</sup>. El orden público en el sentido del art. 12.3 CC no hace referencia al conjunto de normas imperativas, sino a aquellos principios “susceptibles de ser extrapolados al plano internacional”<sup>41</sup>. Así, queda confirmado por la regla general del art. 12.6 CC en lo que respecta a la aplicación automática de la ley extranjera<sup>42</sup>.

---

<sup>32</sup> Cf. *ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Vid. e.g. art. 12 del Reglamento (UE) N° 1259/2010.

<sup>35</sup> Cf. A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>36</sup> Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil (“Normas de Derecho internacional privado”): Veinticinco años después”, en COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID (ed.), *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, 2001, pp. 2411-2447.

<sup>37</sup> Cf. *ibid.*

<sup>38</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>39</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>40</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32., A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>41</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “La determinación del Derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aplicación práctica de la norma de conflicto”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES et al. (ed.), *Derecho internacional privado*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 239-260.

<sup>42</sup> Cf. J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de orden público en el derecho internacional privado español”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 2, 1975, pp. 125-168.

16. Conviene tener en cuenta que, el carácter excepcional del orden público se justifica en base a tres elementos: en primer lugar, respecto de su objeto, no olvidemos que para que despliegue toda su virtualidad, el art. 12.3 CC tan sólo puede ser una ley extranjera. Rige, por tanto, una definición amplia, siendo indiferente su rango y naturaleza. No obstante, ha de ser de origen estatal, siendo excluidas las convenciones y reglas derivadas de usos internacionales, *exempli gratia*, la *lex mercatoria*<sup>43</sup>. El uso del orden público internacional en conflictos de leyes interregionales está expresamente prohibido por el art. 16.1.2ª CC<sup>44</sup>.

En segundo término, el art. 12.3 CC exige que su aplicación resulte incompatible con el orden público internacional. Esa finura gramatical conlleva dos consecuencias para el ámbito de control: por una parte, la excepción del orden público no ataca la norma extranjera en sí, sino que elude su resultado en el caso concreto<sup>45</sup>, y, por otra, el orden público internacional sólo evita la aplicación de aquellos elementos de la ley extranjera cuyo resultado sea contrario, sin perjuicio de los preceptos restantes de la *lex causae*.

En tercer lugar, el carácter excepcional se plasma en el carácter negativo del art. 12.3 CC, pues no indica una ley supletoria aplicable en defecto de la ley extranjera y guarda silencio sobre el método de su determinación<sup>46</sup>. No existe unanimidad sobre el significado de su ausencia. Si bien, la doctrina considera que, el art. 12.3 CC contiene una laguna legal<sup>47</sup>. No obstante, la asunción de que el legislador no haya contemplado la necesidad de sustituir la ley extranjera incompatible con el orden público internacional no es concluyente porque la misma configuración es habitual para los preceptos supra- e internacionales. El silencio de la norma es intencional, aclarando que constituye una “válvula de seguridad”<sup>48</sup> en vez de un mecanismo de imposición forzosa de la *lex fori*. En estrecha relación con su carácter negativo, la consecuencia jurídica del orden público español tiene carácter absoluto. Además, el término *en ningún caso* aclara que una vez detectado un resultado incompatible, el operador jurídico español no dispondrá de ningún margen de discrecionalidad para aplicar el precepto de todos modos<sup>49</sup>. Un resultado contrario a los principios esenciales de la sociedad española es considerado “intolerable”<sup>50</sup>, ergo indiscutible.

## 2. Régimen jurídico alemán: el artículo 6 EGBGB

17. Lo que destaca de la cláusula general alemana del orden público internacional en sede de ley aplicable, en comparación con el art. 12.3 CC, es su especial mención a los derechos fundamentales<sup>51</sup>.

Esa estructura dual tiene su raíz en la Sentencia *Spanierbeschluss* del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (BVerfG) del 4 de mayo de 1971<sup>52</sup>. Una ciudadana alemana divorciada

<sup>43</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>44</sup> Cf. C. ESPLUGUES MOTA, “La determinación del Derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aplicación práctica de la norma de conflicto”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES et al. (ed.), *Derecho internacional privado*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 239-260.

<sup>45</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>46</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>47</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>48</sup> *Supra* cit. 28.

<sup>49</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>50</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>51</sup> No tendrá aplicación la ley de otro estado cuando resulte manifiestamente incompatible con los principios esenciales del derecho alemán. En particular, no tendrá aplicación cuando la aplicación sea incompatible con los derechos fundamentales.

<sup>52</sup> Cf. A. COLOMBI CIACCHI, “Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte“, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen* (ed.), núm. 1, 2008.

quería contraer matrimonio con un español, no obstante, la ley española aplicable no permitía el divorcio. Estimando el recurso de amparo por motivo de la vulneración de la libertad de contraer matrimonio con arreglo al art. 6.1 de la Constitución Alemana (GG), el alto tribunal alemán consideró que el orden público internacional debía ser concebido como “irrupción de los derechos fundamentales en el Derecho internacional privado”<sup>53</sup>. La sentencia supuso la ruptura con una acepción antigua según la cual el orden público solamente defendía a los intereses organizativos estatales<sup>54</sup>.

**18.** Para conseguir una mayor trascendencia de los derechos fundamentales en el orden público internacional, el BVerfG había proporcionado dos opciones: O bien, desarrollar su derecho conflictual propio, o bien, integrarlos en la cláusula de orden público<sup>55</sup>. En este último caso, no procedería diferenciar entre una vulneración soportable o insoportable<sup>56</sup>. El legislador alemán optó por la segunda alternativa. Así pues, los intereses individuales gozan de una protección privilegiada a través de la segunda frase del actual art. 6 de la Ley Introductoria del Código civil alemán (EGBGB).<sup>57</sup> De ahí se deriva una relajación de requisitos para el uso del orden público en relación con derechos constitucionalmente recogidos.

**19.** Así, en contraste con la primera frase, la aplicación de una ley extranjera incompatible se rechaza cuando es incompatible con el orden público internacional. La sustitución del término *resulte* por *ser* no exonera de un análisis del resultado hipotético que se derivaría de la norma extranjera en el caso concreto<sup>58</sup>, aunque no es preciso un examen de la intensidad de contrariedad: A *contrario sensu* de la frase primera del art. 6 EGBGB, la frase segunda no exige una contrariedad *manifiesta* entre el resultado de la ley extranjera y el orden público internacional<sup>59</sup>. Ergo, toda vulneración de los derechos fundamentales es contraria al orden público internacional, sea manifiesta o no. Aun así, cabe comprobar el alcance del derecho fundamental afectado, al ser preciso que éste sea destinado a surtir efectos en supuestos de tráfico externo<sup>60</sup>.

**20.** Otra diferencia entre el art. 6 EGBGB y el art. 12 CC consiste en el uso del término difuso *orden público*. Ambos sistemas jurídicos consiguen la distinción entre el orden público y el orden público internacional mediante su colocación dentro de un capítulo destinado en exclusivo al tráfico externo. En el sistema alemán, su delimitación se ilustra además mediante el uso del término en francés (*ordre public*) para hacer referencia al orden público internacional como excepción del Derecho internacional privado. Su traducción y colocación en el art. 6 EGBGB supone un homenaje al art. 6 del código civil francés de 1804 que se considera la primera cláusula moderna de orden público internacional.<sup>61</sup> Por lo contrario, el orden público interno o “*ius cogens nacional*”<sup>62</sup> aparece en su traducción alemana.

**21.** Al igual que el art. 12.3 CC, el objeto del art. 6 EGBGB ha de ser la *ley de otro estado*. Ni las convenciones internacionales, ni las normas de los estados federales alemanes pueden ser inaplicados a

<sup>53</sup> Cf. BVerfG 04/05/1971, párt. 67.

<sup>54</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN, “ §6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>55</sup> Cf. BVerfG 04/05/1971, párr. 67.

<sup>56</sup> BVerfG 04/05/1971, citada por J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>57</sup> Cf. *ibid.*

<sup>58</sup> Cf. M. VOLTZ, “IPR – Allgemeiner Teil: Art. 3 – 6 EGBGB”, en D. HENRICH (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Otto Schmidt/De Gruyter Verlag OHG, Berlín, 2013.

<sup>59</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN, “ §6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>60</sup> Cf. P. SCHOLZ, “Grundfälle zum IPR: Ordre public - Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 1 (Allgemeiner Teil)”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, núm. 2, 2010, pp. 185-197; B. v. HOFFMANN & K. THORN, “ §6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>61</sup> Cf. J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de orden público en el derecho internacional privado español”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 2, 1975, pp. 125-168.

<sup>62</sup> M. VOLTZ, “IPR – Allgemeiner Teil: Art. 3 – 6 EGBGB”, en D. HENRICH (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Otto Schmidt/De Gruyter Verlag OHG, Berlín, 2013.

través de la figura del orden público internacional<sup>63</sup>. Ello no impide que se invoque el orden público internacional contra normas extranjeras de Derecho internacional privado<sup>64</sup>. Sin perjuicio del régimen especial, tal y como queda especificado en la frase segunda del art. 6 EGBGB, por regla general se exige una incompatibilidad *manifiesta* con la ley extranjera. A diferencia del art. 12.3 CC, el art. 6 EGBGB adoptó el requisito derivado de los preceptos internacionales para recordar la excepcionalidad de su uso. Constituye una “obligación de motivación”<sup>65</sup> y elude que el orden público internacional pueda ser usada como escudo contra ordenamientos jurídicos extranjeros<sup>66</sup>. El art. 6 EGBGB carece de una función positiva, pues no convoca a la ley alemana como *lex causae* residual.<sup>67</sup> De igual manera que el art. 12.3 CC guarda silencio relativo al método de determinación de la ley aplicable en defecto, lo que subraya su carácter excepcional.

### 3. Régimen europeo

#### 1. El orden público internacional en el Reglamento (UE) 1259/2010

22. El Reglamento (UE) 1259/2010<sup>68</sup> relativo a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial proporciona una serie de normas de conflictos para dar solución a conflictos de leyes en el ámbito de divorcios con elemento extranjero. Si la rama del derecho de familia es particularmente sensible y dependiente de la uniformidad de sentencias,<sup>69</sup> ¿por qué sigue existiendo una cláusula de orden público internacional en ese ámbito que ponga en peligro dichos objetivos?

23. El creciente multiculturalismo en la zona comunitaria provoca el enfrentamiento de tribunales europeos con acepciones culturales y religiosas desconocidas<sup>70</sup>. Estas se plasman en las leyes extranjeras convocadas por las normas de conflicto del Reglamento, que como bien dice su art. 4 tienen eficacia *erga omnes*, es decir, podrá aplicarse la ley de un estado que no es miembro de la UE<sup>71</sup>.

En este sentido, determinados principios inspiradores que rigen el Derecho de familia, tal como la igualdad de los cónyuges, provocan un uso frecuente del orden público internacional. Al igual que existe un contraste entre cláusulas generales abstractas y específicas en el ámbito nacional<sup>72</sup>, el orden público internacional de tal norma se caracteriza por su dualidad. Por un lado, su art. 12 figura como “clásica excepción de orden público”<sup>73</sup> dado su carácter abstracto y ambiguo. A diferencia de la cláusula general alemana, prescinde de una mención especial de los derechos fundamentales<sup>74</sup>. Su carácter ne-

<sup>63</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN, “§6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.; J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>64</sup> Cf. *ibid.*

<sup>65</sup> E. JAYME, “Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht”, JURISTISCHE STUDIENGESSELLSCHAFT KARLSRUHE (ed.), núm. 183, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

<sup>66</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN “§6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>67</sup> Cf. *ibid.*

<sup>68</sup> 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 (DOUE núm. 343, de 29 de diciembre de 2010).

<sup>69</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN “§6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>70</sup> Cf. J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>71</sup> Cf. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 561-587.

<sup>72</sup> *Vid.* párr. 13 y 17.

<sup>73</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 561-587.

<sup>74</sup> Cf. J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

gativo aclara la excepcionalidad de su uso y la primacía de la uniformidad de sentencias salvaguardada por el reglamento. Por otro lado, el art. 10 destaca por la celeridad de su aplicación<sup>75</sup>. A diferencia del art. 12, hace referencia expresa a un derecho fundamental concreto: La prohibición de discriminación del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, siendo el principio esencial protegido mediante el acceso igualitario de ambos sexos al divorcio<sup>76</sup>. Al igual que las cláusulas específicas de origen nacional<sup>77</sup>, el art. 10 se inspira en supuestos de uso frecuente del orden público internacional de una base jurídica concretada por la *lex fori* con el fin de conceder la máxima seguridad jurídica.

## 2. El orden público internacional en el Reglamento (CE) 2201/2003

24. Hay que partir de la base que el Reglamento (CE) no posee eficacia *erga omnes*, por lo que sólo será aplicable a decisiones judiciales de otros Estados Miembros<sup>78</sup>. Este planteamiento trae como consecuencia que, la cláusula de orden público internacional regulada por su art. 22 a) del Reglamento no sirve para denegar el reconocimiento de divorcios constituidos tras repudio en terceros estados con tradición islámica<sup>79</sup>. Así, el repudio se rige por derecho comunitario en lo relativo a la ley aplicable, pero su reconocimiento es competencia del legislador nacional.

### III. Límites y control de aplicación

#### 1. Influencia de normas comunitarias en el orden público internacional

25. Una vez analizadas las fuentes del orden público internacional, es preciso analizar su operatividad en el marco normativo español y alemán.

Las normas fundamentales comunitarias tienen eficacia *erga omnes*, por lo que influyen en la interpretación y aplicación de normas nacionales<sup>80</sup>. La esfera comunitaria cuenta con cuatro niveles de creación normativa: El Derecho internacional privado nacional, el Derecho internacional privado comunitario, las constituciones nacionales y los preceptos fundamentales supra- e internacionales<sup>81</sup> en concreto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos.

26. A resultas de lo anterior, se deriva una superposición de valores recogidos tanto en la esfera nacional como en la comunitaria que se incorporan dentro del orden público internacional, pues se amparan valores nacionales mediante el uso de cláusulas formalmente comunitarias. Así pues, los jueces españoles y alemanes actúan “como juez europeo”<sup>82</sup> cuando aplican las cláusulas europeas de orden público internacional. No solo eso, sino que, en virtud del principio de cooperación mutua<sup>83</sup> los tribunales de los Estados Miembros se comprometen al amparo de los valores supranacionales a través de las cláusulas de orden público internacional de origen nacional. En ese sentido, los intereses de la

<sup>75</sup> Cf. *id.*

<sup>76</sup> Cf. *id.*

<sup>77</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>78</sup> Vid. art. 21.1 BII-bis.

<sup>79</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 12.

<sup>80</sup> Cf. A. COLOMBI CIACCHI, “Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte“, Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ed.), núm. 1, 2008.

Cf. BVerfG 04/05/1971, párr. 67

<sup>81</sup> Cf. *ibid.*

<sup>82</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

<sup>83</sup> Vid. Art. 4.3 TUE.

comunidad europea “son el interés de los estados”<sup>84</sup>, teniendo en cuenta que los preceptos de los tratados internacionales pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español<sup>85</sup> y alemán<sup>86</sup>.

27. En cualquier caso, un tribunal nacional podrá invocar el orden público internacional en defensa de principios esenciales de la UE. Respecto al repudio islámico, destacan la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 21.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva conforme a los art. 47 y art. 6.1 Convención Europea de Derechos Humanos. Dichos valores crean un elemento común del orden público internacional de todos los Estados Miembros,<sup>87</sup> sometido a una interpretación conforme a la jurisprudencia supra- e internacional<sup>88</sup>. Así pues, se limita el margen de discrecionalidad del juez nacional al aplicar el orden público internacional en defensa de dichos elementos.

## 2. Postura del TJUE sobre sus competencias de control de orden público internacional

### 2.1. Idea preliminar

28. El orden público internacional es un “concepto abierto e ilimitado pero limitable”<sup>89</sup>. Considerando su carácter nacional y el principio de respeto de las identidades nacionales<sup>90</sup>, el TJUE lo define como un conjunto de las reglas básicas establecidas por el estado soberano en defensa de sus intereses, cuya interpretación corresponde a cada Estado Miembro.<sup>91</sup> Por el contrario, corresponde al TJUE establecer los límites a la aplicación del orden público internacional,<sup>92</sup> porque pese a su aplicación por el juez nacional, constituyen normas de creación comunitaria. Para garantizar la armonía de sentencias en el plano internacional<sup>93</sup>, el orden público internacional sólo debe operar en defecto de medidas menos estrictas para alcanzar el mismo resultado<sup>94</sup>. En particular, las normas de conflicto del Derecho internacional europeo suelen ofrecer puntos de conexión alternativos que provocan la aplicabilidad de la *lex fori* para así evitar la invocación del orden público internacional<sup>95</sup>. Los límites de aplicación del orden público internacional son cada vez más estrictos. Así queda corroborado por los reglamentos celebrados a partir del año 2000 al exigir la concurrencia de una incompatibilidad *manifestata* con el orden público internacional del foro, lo cual provocó un notable deceso en la utilización de la figura<sup>96</sup>.

<sup>84</sup> L.A. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 516-535.

<sup>85</sup> *Vid.* Art. 10.2 y 96.1 CE.

<sup>86</sup> *Vid.* Art. 35 y 59.2 GG.

<sup>87</sup> *Cf.* B. v. HOFFMANN & K. THORN, “§6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>88</sup> *Cf.* P. SCHOLZ, “Grundfälle zum IPR: Ordre public - Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 1 (Allgemeiner Teil)”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, núm. 2, 2010, pp. 185-197.

<sup>89</sup> L.A. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 516-535.

<sup>90</sup> *Vid.* art. 4.2 TUE.

<sup>91</sup> *Cf.* STJCE 14/3/2000, citada por M. FREY & L. PFEIFER, „Der ordre public – die öffentliche Ordnung: derselbe Begriff, verschiedene Funktionen – ein Rechtsprinzip?“, *Europarecht*, vol. 50, núm. 6, 2015, pp. 721-734.

<sup>92</sup> *Cf.* A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>93</sup> *Cf.* A. COLOMBI CIACCHI, “Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte“, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen* (ed.), núm. 1, 2008.

<sup>94</sup> *Cf.* STJCE 14/3/2000, párr. 18.

<sup>95</sup> *Cf.* J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB“, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>96</sup> *Cf.* A. COLOMBI CIACCHI, “Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte“, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen* (ed.), núm. 1, 2008.

*Cf.* STJCE 14/3/2000, párr. 18.

## 2.2. El asunto Sahyouni

29. Hay que partir de la idea contemplada en el art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 en el que se contiene una cláusula específica de orden público internacional para supuestos en los que la ley extranjera prevea el acceso desigual al divorcio para uno de los cónyuges por razón de su sexo.

Es cuestión controvertida aquellos divorcios en los que se materializa su consecución sin intervención judicial, tal y como sucede con ciertas clases del repudio. En ausencia de una definición exacta del concepto de “divorcio” al cual se refiere el art. 1 del mismo Reglamento,<sup>97</sup> esta ha de ser concebido en las líneas marcada por el Alto Tribunal de Luxemburgo<sup>98</sup>.

Así, en los asuntos *Sahyouni I*<sup>99</sup> y *Sahyouni II*<sup>100</sup>, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la relación entre los “divorcios privados”, el orden público internacional y el Reglamento (UE) 1259/2010.

30. La situación sobre la que se sostienen se sitúa en el siguiente contexto. Un tribunal alemán conocía de una solicitud de reconocimiento de un repudio llevado a cabo por un varón sirio-alemán ante un tribunal religioso en Siria. Estimada la solicitud, la mujer repudiada solicitó la cancelación alegando una vulneración del orden público internacional alemán. Así las cosas, se plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE, esencialmente sobre el alcance de la cláusula del art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 y su aplicabilidad a divorcios sin intervención judicial. Con anterioridad, el tribunal alemán había denegado la aplicabilidad de la cláusula general de orden público internacional regulada en el art. 12 del mismo Reglamento<sup>101</sup>. En su respuesta, el TJUE se declaró manifiestamente incompetente argumentando que tal reglamento europeo versa sobre la ley aplicable a demandas de divorcio sin que sea aplicable a supuestos de reconocimiento de resoluciones de divorcio<sup>102</sup>. El tribunal alemán rectificó su cuestión sosteniendo que era práctica jurídica común en Alemania acudir a los requisitos sustantivos del Reglamento (UE) 1259/2010 para tramitar el reconocimiento de divorcios privados.<sup>103</sup> La implementación de dicha técnica se debe a que, tras la entrada en vigor del Reglamento, el legislador alemán había sustituido los preceptos nacionales relativos al reconocimiento con una remisión total a los preceptos comunitarios. No obstante, hemos de recordar que el Reglamento (CE) 2201/2003<sup>104</sup> no cubre las resoluciones provenientes de terceros estados,<sup>105</sup> además del hecho de que el acto dictado por el tribunal religioso carece de efecto constitutivo, circunstancia que hubiera provocado la denegación del reconocimiento ante un tribunal español<sup>106</sup>.

<sup>97</sup> Cf. M<sup>a</sup>.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”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018.

<sup>98</sup> Cf. M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

<sup>99</sup> Vid. ATJUE 12/05/2016, ECLI:EU:C:2016:343.

<sup>100</sup> Vid. STJUE 20/12/2017, ECLI:EU:C:2017:988.

<sup>101</sup> Cf. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer estado: asunto C-281/15, Soha Sahyouni y Raja Mamisch”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 629-634.

<sup>102</sup> Cf. ATJUE 12/05/2016, párr. 19.

<sup>103</sup> Cf. M<sup>a</sup>.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 Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 4, 2016.

<sup>104</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). Conviene poner de manifiesto que, el Reglamento (CE) 2201/2003 quedará derogado a partir del 1 de agosto de 2022 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 (DOUE L 178/1, de 2 de julio de 2019).

<sup>105</sup> Cf. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer estado: asunto C-281/15, Soha Sahyouni y Raja Mamisch”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 629-634.

<sup>106</sup> M<sup>a</sup>.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 Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 4, 2016.

**31.** En su respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE excluyó los divorcios privados del Reglamento (UE) 1259/2010, definiéndolos como divorcios sin intervención constitutiva de un órgano jurisdiccional<sup>107</sup>. De este modo, se puede plantear ciertas dudas en torno a si el TJUE es competente para interpretar las cláusulas de orden público internacional de los artículos 10 y 12 del Reglamento (UE) 1259/2010 a supuestos que excedan de su ámbito de aplicación. En principio, el TJUE está facultado para interpretar los preceptos comunitarios dentro de su ámbito de aplicación el cual corresponde a su marco competencial. Siguiendo esa lógica, la aplicabilidad del orden público internacional a materias no cubiertas por la norma europea correspondería a los Estados Miembros en exclusiva. No obstante, en el asunto *Sahyouni II* el TJUE se reservó la facultad interpretativa para “los casos en los que, a pesar de que los hechos del litigio principal no estén directamente comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las disposiciones de este ordenamiento hayan sido declaradas aplicables por la legislación nacional, que se atiene, para resolver situaciones cuyos elementos están circunscritos al interior de un único Estado miembro, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión”<sup>108</sup>.

**32.** El TJUE defiende una interpretación uniforme de las cláusulas de orden público internacional, incluso cuando estas fueran aplicadas fuera del ámbito de aplicación. Permite a los Estados miembros complementar la laguna legal relativa al reconocimiento de divorcios privados por medio de una remisión “suficientemente precisa”<sup>109</sup> a los artículos 10 y 12 Reglamento (UE) 1259/2010 en la medida en que pretendan regular situaciones previstas por las disposiciones originarias<sup>110</sup>, esto es, comprobar la compatibilidad de la sentencia extranjera de divorcio con el orden público del foro, aunque sea mediante una cláusula de orden público de ley aplicable. Por lo contrario, el Estado miembro no está obligado a transponer la regulación sustantiva del Reglamento (UE) 1259/2010, ya que la competencia del TJUE “es sobre las situaciones o supuestos de hecho regulados y no sobre las técnicas empleadas”<sup>111</sup>. Ergo, el grado de intensidad del control de orden público internacional al cual se someta la decisión de divorcio tras repudio aún se determina por los Estados miembros. Así pues, a la hora de dar solución al divorcio sin intervención judicial, la doctrina española opta por una vía formal acudiendo al criterio de “imperium” mientras que la doctrina alemana prevé un “control de validez”<sup>112</sup> con arreglo a los criterios propios de la ley aplicable.<sup>113</sup> Siempre cuando se acudiese a los artículos 10 y 12 del Reglamento (UE) 1259/2010 ello implicaría una superposición de los requisitos del orden público internacional de ley aplicable y del orden público internacional de reconocimiento, caracterizándose ese último por su máxima excepcionalidad por motivo de la prohibición de revisión al fondo<sup>114</sup>.

### 2.3. Perspectivas futuras alrededor de un orden público europeo aplicable a repudios

**33.** El asunto *Sahyouni* demostró la insuficiencia de regulación del repudio y del divorcio privado por el Derecho internacional privado europeo. No resultando aplicable ni el Reglamento (UE) 1259/2010, ni el Reglamento (CE) 2201/2003, corresponde a los Estados miembros buscar una justa solución al “hueco *Sahyouni*”. Debido a que los preceptos nacionales fueron derogados, los Estados miembros solamente podrán acudir a las cláusulas comunitarias de orden público *por referencia*.

<sup>107</sup> Cf. STJUE 20/12/2017, párr. 48.

<sup>108</sup> STJUE 20/12/2017, párr. 28.

<sup>109</sup> C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer estado: asunto C-281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 629-634.

<sup>110</sup> STJUE 20/12/2017, párr. 28.

<sup>111</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales: Crónica de Derecho Internacional Privado*, núm. 35, 2018, pp. 15-20.

<sup>112</sup> M<sup>a</sup>.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”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018.

<sup>113</sup> M<sup>a</sup>.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 Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 4, 2016.

<sup>114</sup> *Vid.* art. 26 BII-bis; art. 48 LCJIMC; § 109.5 FamFG.

La incertidumbre provocada por la exclusión del divorcio privado del Reglamento (UE) 1259/2010 podría motivar a los Estados miembros formular remisiones a textos comunitarios bajo reservas lo que podría crear un doble régimen<sup>115</sup> susceptible de perjudicar los objetivos del propio Reglamento (UE) 1259/2010.

**34.** El orden público internacional está impregnado por un proceso de fragmentación<sup>116</sup> siendo recogido puntualmente en diversos textos comunitarios. Existen voces a favor de una codificación comunitaria del orden público internacional<sup>117</sup>.

Un “orden público internacional europeo” garantizaría su uso uniforme en todos los Estados miembros; si bien, todavía correspondería a los tribunales nacionales invocarlo, los requisitos y su contenido se fijarían por la cláusula europea general. En ese sentido, el art. 10 del Reglamento (UE) 1259/2010 puede ser considerado prototipo de una cláusula europea de orden público internacional<sup>118</sup>, pues contiene un valor esencial cuya protección se considera imprescindible en la UE. Además, crea una priorización de dicho elemento frente al resto de elementos del orden público nacional e incrementa la frecuencia del uso del orden público internacional en su favor. El TJUE ya no interpreta tan sólo los límites del art. 10, sino también el alcance del principio de igualdad, dado que no existe una comprensión unitaria y neutra de los derechos fundamentales, podrían surgir tensiones<sup>119</sup>.

**35.** Sin embargo, el carácter híbrido de las cláusulas comunitarias de orden público internacional obstaculiza el desarrollo doctrinal de un “orden público internacional europeo” porque su aplicación siempre se lleva a cabo ante los tribunales nacionales<sup>120</sup>. Estos realizan un mero control de resultado, por lo que la ocupación con el orden público internacional queda limitada al examen de compatibilidad en supuestos individuales. De hecho, resulta irrelevante si una cláusula de orden público tiene carácter formal comunitario o nacional porque en ambos casos su contenido es idéntico. Es decir, constituye una superposición de principios esenciales de origen nacional y de valores comunitarios a cuya salvaguarda se comprometen los Estados miembros. Debido al carácter *erga omnes* del Reglamento (UE) 1259/2010 es preciso obtener un mayor conocimiento del derecho islámico frecuentemente aplicable y desarrollar criterios que posibilitan su homologación con el divorcio<sup>121</sup>.

Por ello, convendría una jurisprudencia europea que comparte las respectivas experiencias y prácticas de todos los Estados miembros. Dado que un orden público internacional europeo “puro” todavía no parece probable, el mismo efecto podría alcanzarse a través de un aumento del uso de la cuestión prejudicial.

## IV. La compleja tarea de homologación del repudio

### 1. Delimitación entre Talaq, repudio y divorcio

**36.** El *Talaq* constituye el conjunto de causas de ruptura del vínculo matrimonial “con arreglo a las reglas de origen divino contempladas en la Sharia, tal y como han sido desarrolladas por las reglas fijadas por cada una de las tradiciones ideológicas islámicas que se han plasmado, a su vez, en dispo-

<sup>115</sup> Cf. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales: Crónica de Derecho Internacional Privado*, núm. 35, 2018, pp. 15-20.

<sup>116</sup> Cf. J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>117</sup> Cf. *ibid.*

<sup>118</sup> Cf. *ibid.*

<sup>119</sup> Cf. *ibid.*

<sup>120</sup> Cf. *ibid.*

<sup>121</sup> Cf. M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

siciones legislativas islámicas de origen estatal”<sup>122</sup>. Dentro del *Talaq*, el repudio representa una causa particular de disolución del matrimonio por voluntad de un cónyuge o por mutuo acuerdo<sup>123</sup>.

Si bien, los tribunales alemanes incurren en el error de equiparar el repudio con el *Talaq*<sup>124</sup>. De igual manera, es fácil hallar tal situación ante los tribunales españoles<sup>125</sup> aunque en la mayoría de los casos simplemente se acude al término repudio<sup>126</sup>.

**37.** El repudio es una institución sólo parcialmente desconocida<sup>127</sup> para los sistemas jurídicos europeos, porque igual que el divorcio despliega una función disolutiva del vínculo matrimonial, homologándose a través de una *calificación por función*. La regulación del repudio es tan diversa como la del divorcio. La predominante tradición ideológica sunita se divide en cuatro escuelas jurídicas entre las cuales existen discrepancias relativas a su contenido, requisitos y alcance<sup>128</sup>. A su vez, las interpretaciones del repudio se desarrollan de manera distinta en los sistemas jurídicos inspirados en el derecho islámico. Suele regularse en la ley sobre el estatuto personal, así verbi gratia, en Egipto, Marruecos, Iraq y Kuwait<sup>129</sup>. No obstante, existen otros estados como Turquía o Túnez donde el repudio no está admitido<sup>130</sup>.

**38.** Como rasgo en común, el repudio se lleva a cabo mediante la pronunciación de una fórmula, oral o escrita, que pone de manifiesto la intención inequívoca de querer repudiar al cónyuge, en presencia de dos testigos varones, púberes y musulmanes<sup>131</sup>. La capacidad del sujeto activo se somete a criterios equivalentes a aquellos exigidos para la celebración del matrimonio, tales como la salud mental y la ausencia de coacción<sup>132</sup>. Entre los efectos comunes a toda clase de repudio, destaca la *haddana*, la custodia de los hijos impúberes concedida a la mujer. También conviene aclarar que, la *mahr* consiste en la devolución total o parcial de la dote en casos de repudio arbitrario por parte del varón.

## 2. Rasgos problemáticos del repudio

### 2.1. Revocabilidad

**39.** No todo repudio es revocable. El *Talaq al-sunna* prevé una o tres pronunciaciones de la fórmula *talaq* durante el periodo de pureza (*tuhr*) de la mujer<sup>133</sup>. Durante las dos primeras pronunciaciones, el vínculo matrimonial subsiste con efectos suspensivos<sup>134</sup>. Se abre un periodo de reflexión (*idda*)

<sup>122</sup> S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

<sup>123</sup> Cf. M. MUT BOSQUE et al., “Reflexiones sobre el repudio islámico y judío en el derecho civil y penal español: la institución del orden público internacional: Vol. II International Conference Family and Society”, 2015.

<sup>124</sup> Vid. OLG Hamm 11/10/2010; OLG Stuttgart 03/05/2019.

<sup>125</sup> Vid. SAP Murcia 12/05/2003; SAP Barcelona, 10/09/2019.

<sup>126</sup> Vid. SAP Cáceres 23/05/2012; AAP Málaga 29/01/2015.

<sup>127</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

<sup>128</sup> Cf. S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

<sup>129</sup> Cf. *ibid.*

<sup>130</sup> Cf. H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>131</sup> Cf. *ibid.*

<sup>132</sup> Cf. S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

<sup>133</sup> Cf. M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

<sup>134</sup> Cf. M. MUT BOSQUE et al., “Reflexiones sobre el repudio islámico y judío en el derecho civil y penal español: la institución del orden público internacional: Vol. II International Conference Family and Society”, 2015.

de aproximadamente tres meses durante la cual la mujer permanece en el domicilio conyugal y obtiene alimentos, siéndole imposible la contratación de segundas nupcias. Durante dicha fase, que tiene como finalidad la determinación de paternidad en el caso de un embarazo, es posible retomar la convivencia conyugal sin efectos para el vínculo matrimonial<sup>135</sup>.

Por lo contrario, el *Talaq al-bid'a* consiste en la triple pronunciación consecutiva de la fórmula (*talaq, talaq, talaq*) y da lugar a la disolución inmediata del matrimonio<sup>136</sup>. Esa modalidad del repudio ha sido derogada en muchos estados con legislación islámica<sup>137</sup>.

40. No obstante, el carácter revocable del repudio tendrá un doble significado: Por un lado, es incompatible con el principio de seguridad jurídica, integrante del orden público internacional español<sup>138</sup> y alemán<sup>139</sup>. La facultad de revocar la disolución del matrimonio genera “una inestabilidad muy profunda del estado civil, lo que puede perjudicar a terceros y a la sociedad española en su conjunto”<sup>140</sup>. También, tiene carácter discriminatorio, porque a diferencia del repudio, el divorcio instado por la mujer tiene siempre efectos irrevocables<sup>141</sup>. Por otro lado, en el ámbito de reconocimiento de actos la revocabilidad constituye un motivo por el cual el orden público internacional no llega a ser apreciado<sup>142</sup>.

## 2.2. Unilateralidad

41. Mientras que “el repudio clásico es unilateral, discriminatorio y privado”<sup>143</sup>, también existe una vía por medio de la cual la mujer puede instar la disolución del vínculo matrimonial (*khul*). En ese caso, la mujer solicita a la autoridad que el varón la repudie en cambio a una indemnización pecuniaria<sup>144</sup>. Estimada la solicitud, el juez se subroga en la posición del varón y pronuncia el repudio. Bajo ciertas condiciones, la indemnización no es necesaria, como, por ejemplo, cuando el varón haya concedido a la mujer la facultad de repudiarle contractualmente<sup>145</sup>.

## 2.3. Ausencia de intervención judicial

42. No todo repudio equivale a un divorcio privado. En muchos estados con tradición islámica se observa un proceso hacia la “procesionalización” del repudio, a través de su legalización mediante decreto judicial (Iraq), acta notarial (Egipto), certificado emitido por el registrador civil (Líbano) o acta emitida por dos adules presentes (Marruecos)<sup>146</sup>.

<sup>135</sup> Cf. *ibid.*

<sup>136</sup> Cf. S. S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

<sup>137</sup> Cf. S. RUTTEN, “Recognition of Divorce by Repudiation (*talaq*) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, núm. 3, 2004, pp. 263-285.

<sup>138</sup> Vid. Art. 9.3 CE.

<sup>139</sup> Vid. BVerfG 01/07/1953, FJ II.2.

<sup>140</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>141</sup> Vid. SAP La Rioja 07/04/2014, FJ. 2.

<sup>142</sup> Vid. párr. 64.

<sup>143</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>144</sup> Cf. S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

<sup>145</sup> Cf. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>146</sup> Cf. S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

Por otro lado, el repudio sigue surtiendo efectos sin intervención de autoridad ninguna en Yemen, Kuwait, Saudí Arabia y Siria<sup>147</sup>. La diversidad de la figura impide el desarrollo de una jurisprudencia reiterada por los tribunales europeos y dificulta su calificación como acto privado, público o judicial<sup>148</sup>.

En ambos estados, la ausencia de intervención judicial choca con el orden público internacional<sup>149</sup>, pues en Alemania<sup>150</sup> y España,<sup>151</sup> la disolución del matrimonio corresponde en exclusiva al estado. Su intervención garantiza el ajuste del divorcio a la ley.<sup>152</sup> Es más, un acto que carece de intervención estatal no podrá ser calificado como objeto de examen en el ámbito de reconocimiento de resoluciones extranjeras<sup>153</sup>.

## V. El orden público internacional en sede de ley aplicable. Análisis comparativo del enfoque español y alemán

### 1. Vulneración del principio de igualdad

43. Los tribunales alemanes y españoles que se enfrentan a un repudio coinciden con que “la discriminación por razón del sexo resulta evidente”<sup>154</sup>. El BGH estima que el repudio clásico unilateral vulnera el principio de igualdad entre hombre y mujer a tenor del art. 3.2 GG, pues la mujer queda reducida a un mero objeto del divorcio, a disposición del varón como protagonista del proceso<sup>155</sup>.

En esa misma línea, el TS sostiene que “la legislación islámica ha puesto por regla general el repudio en manos del esposo”<sup>156</sup>, lo que contradice al principio de igualdad conyugal de los art. 14 y 32.1 CE.

44. Con arreglo al principio de primacía del derecho europeo, se debe acudir primeramente a las cláusulas comunitarias de orden público internacional. No obstante, la asunción errónea del legislador español y alemán de que Reglamento (UE) 1259/2010 incluía los divorcios privados provocó el “Hueco *Sahyouni*”<sup>157</sup>. Fundado sector doctrinal, considera que la remisión incondicionada al Reglamento (UE) 1259/2010 por ambos países es “un tanto aventurada”<sup>158</sup>. A diferencia de la remisión total del art. 17.2 EGBGB, el art. 107 CC contiene una remisión alternativa: “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

45. Así pues, tanto el art. 17.2 EGBGB y el art. 107.2 CC contienen una “remisión a la nada”<sup>159</sup>. Ahora bien, ¿Cómo se rellenó el “Hueco *Sahyouni*” en España y Alemania y qué consecuencias se derivan para el uso del orden público internacional frente al repudio?

46. El TJUE admite que los Estados miembros “nacionalicen” preceptos sustantivos del Reglamento (UE) 1259/2010 para regular asuntos excluidos de su ámbito de aplicación<sup>160</sup>. El legislador

<sup>147</sup> Cf. S. RUTTEN, “Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, núm. 3, 2004, pp. 263-285.

<sup>148</sup> Cf. *ibid.*

<sup>149</sup> Cf. AG Kulmbach 28/10/2003, p.2.

<sup>150</sup> Vid. art. 17.3 EGBGB; § 1564 S.1 BGB.

<sup>151</sup> Cf. art. 89 CC; art. 117.3 CE.

<sup>152</sup> Cf. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>153</sup> Vid. párr. 63.

<sup>154</sup> SAP La Rioja 07/04/2014, FJ. 2.

<sup>155</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 52.

<sup>156</sup> STS 25/01/2006, FJ 5.

<sup>157</sup> Vid. párr. 31 – 32.

<sup>158</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales: Crónica de Derecho Internacional Privado*, núm. 35, 2018, pp. 15-20.

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> Vid. párr. 32.

alemán hizo uso de esa facultad, modificando el art. 17.2 EGBGB en enero de 2019. En principio, remite a los puntos de conexión de los art. 5 - 8 del Reglamento (UE) 1259/2010. No obstante, no se pretendía una aplicabilidad análoga de la norma comunitaria a los divorcios privados<sup>161</sup>. En todo caso, el art. 17.2.5º excluye expresamente la aplicabilidad de las cláusulas de orden público internacional de los artículos 10 y 12 del Reglamento (UE) 1259/2010 y remite a su vez al art. 6 EGBGB. Como consecuencia, el repudio se rige por la cláusula general de orden público internacional, con efectos retroactivos desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 1259/2010.<sup>162</sup> En base a la frase segunda del art. 6 EGBGB, los tribunales alemanes invocan rigurosamente el art. 3.2 GG, mientras vacilan a la hora de citar preceptos internacionales que recojan el principio de igualdad<sup>163</sup>.

47. Por otro lado, el legislador español todavía no ha corregido la remisión viciosa del art. 107.2 CC y algún autor teme que tampoco procederá a hacerlo<sup>164</sup>. En su defecto, la doctrina española entiende que la remisión del art. 107.2 debe interpretarse en el sentido de que supone una “nacionalización”<sup>165</sup> de los preceptos reglamentarios, por lo que serían aplicables los preceptos sustantivos “*por referencia*”, esto es, más allá de su ámbito de aplicación europeo<sup>166</sup>. Así pues, se aplicará al repudio la segunda alternativa del art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 como *lex specialis* frente al art. 12. El art. 10 hace referencia al principio de la igualdad de sexo, recogido en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. A partir de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 1259/2010, los tribunales españoles invocaron los preceptos fundamentales comunitarios de manera encomiable. Manifiesto de ello, se puede observar en la SAP La Rioja de 7 de abril de 2014, en la que se activa el art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 contra un repudio con referencia al art. 21.1 Carta de los Derechos Fundamentales y sin mención de los artículos 14 y 32.1 de la Constitución española. Ello es destacable teniendo en cuenta el carácter híbrido de las cláusulas comunitarias de orden público internacional, pues nada impide al tribunal español invocar sus preceptos nacionales con basamento en la norma europea.

## 2. Intensidad de la incompatibilidad

48. El Derecho internacional privado se rige por los principios de igualdad y tolerancia frente a instituciones jurídicas desconocidas<sup>167</sup>. Por ello, no basta con la mera diferencia de resultados según *lex fori* y ley extranjera<sup>168</sup>.

En esa línea, la jurisprudencia de ambos países vela por el carácter restrictivo del orden público internacional “clásico” para evitar situaciones claudicantes que no serán reconocidas en el estado de origen de los litigantes<sup>169</sup>.

49. No obstante, ello no tiene injerencia en relación con el repudio. Así, el art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010, aplicable *por referencia* en España, no indica ningún grado de intensidad del carácter discriminatorio, pues carece del término *manifesto*. Tal y como ocurre con la frase segunda del art. 6 EGBGB, su falta crea la presunción de que una vulneración de los art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o art. 3.2 GG implica siempre una incompatibilidad manifiesta. La jurisprudencia alemana se limita a confirmar la vigencia del derecho fundamental afectado en supuestos de tráfico

<sup>161</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr.9.

<sup>162</sup> Cf. *ibid.*, párr. 29.

<sup>163</sup> *Vid. e.g. ibid.*, párr. 52.

<sup>164</sup> Cf. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales: Crónica de Derecho Internacional Privado*, núm. 35, 2018, pp. 15-20.

<sup>165</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> Cf. M.P. WELLER et al., „Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2016, pp. 123-132.

<sup>168</sup> *Vid.* párr. 14 y 21.

<sup>169</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 52; SAP La Rioja 07/04/2014, FJ 2.; SAP Cáceres 23/05/2012, FJ 2.

externos<sup>170</sup>. Por lo tanto, siempre cuando sea vea afectado el principio de igualdad, tanto el precepto alemán como el art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 *por referencia* presuponen una incompatibilidad *manifiesta* con el orden público internacional.

### 3. Ámbito de control

**50.** Los artículos 12.3 CC y art. 6 EGBGB disponen que la solución ofrecida por la ley extranjera debe *resultar* incompatible con el orden público internacional.<sup>171</sup> En Alemania, la jurisprudencia aplica de modo unánime la *Ergebniskontrolle*, criterio tácito que exige la incompatibilidad del resultado concreto tras aplicar la ley extranjera,<sup>172</sup> aun cuando sean afectados los derechos fundamentales con arreglo la frase segunda del art. 6 EGBGB.<sup>173</sup> En esa misma línea, el TS rechaza la “genérica afirmación” del carácter discriminatorio de una ley extranjera reguladora del divorcio y exige motivos concretos que fundamentan una discriminación<sup>174</sup>. El orden público español clásico busca “conseguir la justicia material del caso concreto, esto es, un resultado materialmente justo”<sup>175</sup>.

**51.** No obstante, la polémica alrededor del novedoso art. 10 del Reglamento (UE) 1259/2010, aplicable *por referencia* en España, pone en cuestión si la doctrina del control de resultado tiene validez en relación con el repudio.

Es incierto si el carácter discriminatorio al cual se refiere el art. 10 debe ser interpretado en un sentido abstracto o concreto. Si el art. 10 constituyese una cláusula especial de orden público internacional, sería transferible el principio de control de resultado, exigiéndose una infracción del principio de igualdad en el caso individual. Por el contrario, si el art. 10 fuese una norma de colisión, bastaría con la comprobación del tenor discriminatorio de la ley extranjera, sin necesidad de acreditar un perjuicio concreto<sup>176</sup>.

Sea como fuere, corresponde al TJUE la interpretación del precepto incluso fuera de su ámbito de aplicación<sup>177</sup>. No obstante, ha de ponerse de manifiesto que, en el asunto *Sahyouni* no llegó a pronunciarse sobre el alcance del art. 10, por lo que la decisión sobre el carácter abstracto o concreto aún queda pendiente<sup>178</sup>.

Ciertamente, el legislador alemán excluyó la aplicación del art. 10 y remitió al art. 6 EGBGB, manteniendo el control de resultado. Por lo contrario, el legislador español todavía no ha reaccionado. En verdad, no existen sentencias españolas relativas al repudio y posteriores a la decisión *Sahyouni* que pudieran definir el alcance del art. 10 del Reglamento (UE) 1259/2010 “nacionalizado”.

**52.** En el ámbito doctrinal, algunos autores definen el art. 10 como “cláusula de rechazo”<sup>179</sup> ya que constituye un mecanismo legal distinto<sup>180</sup> a la clásica excepción de Derecho internacional privado.

<sup>170</sup> *Vid. e.g.* OLG Zweibrücken 16/11/2001, p.2.

<sup>171</sup> *Vid.* párr. 16 y 19.

<sup>172</sup> *Cf.* BGH 26/08/2020, párr. 53; BGH 06/10/2004, FJ 1.4; BGH 18/06/1970, FJ 3 c).

<sup>173</sup> *Cf.* E. JAYME, “Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht“, JURISTISCHE STUDIENGESSELLSCHAFT KARLSRUHE (ed.), núm. 183, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

<sup>174</sup> *Cf.* SAP Cáceres 23/05/2012, FJ 3.

<sup>175</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>176</sup> *Cf.* A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: El futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-71.

<sup>177</sup> *Vid.* párr. 31.

<sup>178</sup> *Cf.* P. WINKLER V. MOHRENFELS, “Internationales Privatrecht I – Internationales Familienrecht: Art. 10 Rom III-VO“, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>179</sup> *Cf.* A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>180</sup> *Cf.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 741-754.

Esto es, el art. 10 proporciona “un modo más directo, automático y veloz para descartar, en casos muy graves, la aplicación de la ley extranjera, ya que no exige comprobar que, en el caso concreto, se produce vulneración del orden público internacional”<sup>181</sup>. A mayor abundamiento, el sentido literal del art. 10 sugiere un control abstracto del contenido de la ley extranjera<sup>182</sup>. Incluso, el considerando 24 del del Reglamento (UE) 1259/2010 establece que el art. 10 debe entenderse *sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público*. La dualidad de los art. 10 y 12 no es casual: el legislador pretendía crear un mecanismo *sui iuris* en el espíritu del orden público internacional, pero con algunas diferencias<sup>183</sup>. A sensu contrario, otro sector sostiene que, el art. 10 constituye una cláusula de orden público internacional específica.<sup>184</sup> El art. 10 se denomina “cláusula española” porque fue inspirado en el antiguo art. 107.2 CC<sup>185</sup>. Este se interpretaba por los tribunales españoles como “manifestación específica y concreta”<sup>186</sup> de la cláusula general del art. 12.3 CC, destinado a “completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación”<sup>187</sup>. Los riesgos del “automatismo de esta regla”<sup>188</sup> se conocían, por lo que el art. 10, igual que el antiguo art. 107.2 CC, debería ser interpretado en un sentido concreto para evitar situaciones claudicantes. El art. 10 funciona igual que una cláusula de orden público internacional, inactivando la ley convocada por las normas de conflicto de RRIII, lo cual justificaría aplicar el principio de control de resultado como límite a ese mecanismo.

**53.** Mientras que la remisión al art. 6 EGBGB aseguró la aplicabilidad del control de resultado al repudio en Alemania, es incierto si este criterio podrá ser mantenido por los tribunales españoles al aplicar el art. 10 del Reglamento (UE) 1259/2010 *por referencia*. Debido a que el antiguo art. 107.2 CC fue calificado como cláusula de orden público internacional específica, es probable que los tribunales españoles acudan a esa interpretación del 10 del Reglamento (UE) 1259/2010 “nacionalizado”, manteniendo el control del resultado.

Al contrario, todo indica que el TJUE velará por una interpretación abstracta del precepto. Así lo sugiere el abogado general a colación del asunto *Sahyouni*<sup>189</sup>. Particularmente en relación con el repudio urge más claridad porque los tribunales llegan a soluciones divergentes según el caso concreto. En la mayoría de los casos, es la mujer la que solicita el divorcio contra la voluntad del varón, pero este se opone alegando la aplicabilidad de la ley extranjera que no prevé la disolución del matrimonio a instancia de la mujer<sup>190</sup>.

**54.** En ambos países, el hecho de que la mujer consienta no implica la aceptación de la forma prevista por la ley extranjera, que se caracteriza por su acceso desigual y la exigencia de alegar causas tasadas que convierten el matrimonio en fácticamente indisoluble a instancia de la mujer<sup>191</sup>. En España, la doctrina ha sido influenciada particularmente por el *khul*<sup>192</sup> marroquí. Este no se considera una vía verdaderamente bilateral, por tres motivos: *i*) Es preciso que la mujer alegue una causa, requisito que no se exige al hom-

<sup>181</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: El futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-71.

<sup>182</sup> Cf. P. WINKLER V. MOHRENFELS, “Internationales Privatrecht I – Internationales Familienrecht: Art. 10 Rom III-VO”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>183</sup> Cf. *ibid.*

<sup>184</sup> Cf. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 561-587.

<sup>185</sup> Cf. *ibid.*

<sup>186</sup> SAP Cáceres 23/05/2012, FJ 2.

<sup>187</sup> SAP Barcelona 12/07/2003, FJ 2.

<sup>188</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 561-587.

<sup>189</sup> *Vid.* Conclusiones del abogado general Saugmansgaard Øe, Asunto C-372/16 (Soha Sahyouni contra Raja Mamisch), 2017, párr. 72.

<sup>190</sup> *Vid.* SAP La Rioja 07/04/2014; SAP Barcelona 19/07/2013; OLG Hamm 11/10/2010; BGH 06/10/2004.

<sup>191</sup> Cf. OLG Zweibrücken 16/11/2001, p.2; SAP La Rioja 07/04/2014, FJ. 2; OLG Hamm 11/10/2010, p. 2.

<sup>192</sup> *Vid.* párr. 41.

bre en los casos de repudio,<sup>193</sup> ii) El *khul* se resuelve siempre mediante procedimiento judicial y no llega a surtir efectos irrevocables antes del pronunciamiento,<sup>194</sup> iii) La mujer que insta el *khul* debe compensar al marido, p. ej. mediante la renuncia al pago de alimentos o a la devolución de la dote por el varón<sup>195</sup>. En estos supuestos, el consentimiento de la mujer no subsana el carácter discriminatorio de la ley extranjera.

No obstante, en determinados supuestos en los que la mujer desea divorciarse mediante repudio, el BGH sostiene que su voluntad subsana la incompatibilidad con el orden público internacional, gozando la mujer de autonomía plena para decidir sobre la forma externa de su divorcio<sup>196</sup>. Si los cónyuges quieren divorciarse y eligen la forma del repudio como opción más económica, ágil o favorable para la mujer, el orden público internacional no debería activarse. En España, dicho motivo económico subsana el carácter discriminatorio, sin perjuicio de que la facultad de divorciarse sea condicionada al abono de una compensación económica<sup>197</sup>. En cambio, en Alemania, la manifestación del consentimiento se somete a criterios rigurosos, dado que tiene que ser expreso<sup>198</sup> y cubrir todo aspecto del repudio, no vale la mera aceptación de una compensación económica<sup>199</sup>.

Así las cosas, resulta casi imposible que la repudiada consienta en el trato discriminatorio, siendo probable la activación del orden público internacional<sup>200</sup>. No obstante, su rigor se atenúa mediante otro criterio de control de resultado propio del sistema alemán. A diferencia de España, dónde el matrimonio podrá ser disuelto directamente cuando haya durado tres meses (art. 81 CC), en Alemania rige el *Zerrüttungsprinzip*, una presunción *iuris et de iure* de ruptura del matrimonio cuando los cónyuges hayan vivido por separado durante al menos un año, §§ 1565, 1566 I BGB. Es jurisprudencia reiteradísima que el orden público no se activará cuando los cónyuges cumplan con tal requisito del divorcio alemán en el momento de pronunciación del repudio<sup>201</sup>.

## 4. Relatividad del orden público internacional

### 4.1. Relatividad espacial

55. El carácter nacional del orden público internacional impide al tribunal del foro invocar los principios esenciales de otros estados. Al mismo tiempo, la inaplicación de la ley extranjera sólo surtirá efectos en el foro<sup>202</sup>. Ambos estados delimitan el “radio de acción defensivo del orden público internacional<sup>203</sup> a través de un criterio espacial.

Tal fundamentación tiene su origen en la doctrina alemana de *Inlandsbeziehung*, que examina el lugar en el que desplegará efectos el acto cuya constitución se pretende<sup>204</sup>. En España, esta técnica ha

<sup>193</sup> Cf. M. MUT BOSQUE et al., “Reflexiones sobre el repudio islámico y judío en el derecho civil y penal español: la institución del orden público internacional: Vol. II International Conference Family and Society”, 2015.

<sup>194</sup> Cf. *ibid.*

<sup>195</sup> Cf. S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

<sup>196</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 53 – 54.

<sup>197</sup> Cf. ATS 27/01/1998, FJ 2, citado por A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>198</sup> Cf. OLG Hamm 27/01/2010, p. 3.

<sup>199</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 56.

<sup>200</sup> Cf. V. GRIFO, “Bedingte Gastfreundschaft im Internationalen Scheidungsrecht”, *Neue Zeitschrift für das Familienrecht*, núm. 5, 2021, pp. 202-207.

<sup>201</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 57; OLG Hamm 10/11/2010, p. 4; AG Kulmbach 28/10/2003, p.3.

<sup>202</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>203</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>204</sup> Cf. I. BACH, “Islamisches Recht vor deutschen Gerichten = Law between Dialogue and Translation: Harmonizing National Law with International Law – The Case of Women’s Rights in Palestine”, Georg-August-Universität Göttingen, 2019.

sido acogida como “flexibilización del orden público internacional<sup>205</sup> bajo la denominación *orden público de proximidad*. Parte desde la idea de que un vínculo con el foro aumenta la probabilidad de un daño para la estructura jurídica del fuero<sup>206</sup>.

**56.** Suele acudirse a los criterios de la residencia habitual de los cónyuges, la celebración de nupcias en el foro<sup>207</sup> o la nacionalidad, aunque algún autor español considera inadecuado ese último criterio para determinar un vínculo real con el foro<sup>208</sup>. En ambos países, el concepto de la conexión espacial ha levantado críticas al ser influenciado por las partes, *verbi gratia*, eligiendo su lugar de residencia o manteniendo la doble nacionalidad<sup>209</sup>. Ello provoca discrepancias en el acceso a los derechos fundamentales<sup>210</sup>. En el fondo del debate, subsiste una cuestión moral-filosófica: ¿Son aplicables los derechos fundamentales a los extranjeros?

La frase segunda del art. 6 EGBGB exige un examen del ámbito de vigencia del derecho fundamental afectado, comprobándose su trascendencia en supuestos de tráfico externo<sup>211</sup>. Ello implica que existen derechos fundamentales cuya protección no corresponde al tribunal alemán en defecto de un vínculo con el foro.

En el sistema jurídico español, no existe un esquema privilegiado para los derechos fundamentales dentro del orden público internacional. Muy similar al enfoque alemán, los defensores de la función negativa del orden público internacional sostienen que el tribunal español debe comprobar si el derecho fundamental vulnerado tiene la consideración de absoluto<sup>212</sup>. Otros autores atribuyen al orden público internacional una función positiva que, por lo tanto, el tribunal del foro se encuentra obligado a proteger los derechos fundamentales de toda persona, sea de un nacional o extranjero, sin que sea preciso un examen de la conexión espacial<sup>213</sup>.

**57.** Ahora bien, la “europeización” del orden público internacional dio lugar a una “relajación de la relatividad espacial”<sup>214</sup>. Los derechos fundamentales internacionalmente recogidos no precisan de una conexión espacial porque su ámbito de aplicación es universal<sup>215</sup>. En términos similares, algún autor alemán desarrolló el “*Indicador de Derecho Comparado*”<sup>216</sup>.

<sup>205</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>206</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>207</sup> Cf. AG Garmisch-Partenkirchen 19/12/2006, p. 1.

<sup>208</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>209</sup> Cf. C. STAATH, „La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 717-729; J. v. HEIN, “Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil: Art. 6 EGBGB”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8a ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

<sup>210</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>211</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN, “§6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>212</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>213</sup> Cf. H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> Cf. P. SCHOLZ, “Grundfälle zum IPR: Ordre public - Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 1 (Allgemeiner Teil)”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, núm. 2, 2010, pp. 185-197.

<sup>216</sup> E. JAYME, “Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht”, *JURISTISCHE STUDIENGESELLSCHAFT KARLSRUHE* (ed.), núm. 183, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

Ello es válido para el repudio justificado con base al art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 *por referencia*, el cual se basa en el principio de igualdad del art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>217</sup>. No obstante, algún autor español matiza que el tribunal no debe invocar principios recogidos por textos internacionales si el país de origen del litigante no forma parte de dicho tratado<sup>218</sup>.

Ello es problemático en relación con el repudio, porque los estados de tradición islámica mantienen una visión particular acerca del principio de igualdad, lo que se refleja en la codificación del principio en textos regionales<sup>219</sup>. Su codificación fragmentada impide asumir la vigencia universal del principio de igualdad. Por lo contrario, subsiste la necesidad de alegar una conexión espacial para superar esa “carga política”<sup>220</sup> frente al estado de origen. Aún más altas serán las exigencias a la conexión espacial cuando se pretenda invocar el orden público internacional con motivo del monopolio estatal de pronunciación sobre el divorcio, valor que – en contraste con el principio de igualdad - no cuenta con un respaldo sólido a nivel global.

## 4.2. Relatividad temporal

58. Ya en 1966, el TS estableció que el orden público internacional refleja los principios esenciales de “una época determinada”<sup>221</sup>. Considerando que los valores integrados en el orden público internacional son cambiantes en función de la realidad social, se aplica de modo unánime el *principio de la actualidad*, pues el contenido del orden público internacional se aprecia en el momento de planteamiento del litigio<sup>222</sup>. Lo mismo ocurre en Alemania, dónde se examina si el vínculo con el foro ha existido en ese mismo momento<sup>223</sup>.

59. Respecto al divorcio, los elementos del orden público internacional español y alemán experimentaron un giro radical. En España, el principio de indisolubilidad del matrimonio vencía a las normas extranjeras. En los años 60, los tribunales procedieron a conceder efectos atenuantes al divorcio, aun eludiendo su efecto nuclear mediante orden público internacional<sup>224</sup>. Con la entrada en vigor de la Constitución española, la indisolubilidad del divorcio desapareció como elemento del orden público internacional<sup>225</sup>. De todos modos, en la actualidad, se activa el orden público internacional frente a leyes extranjeras que no permiten el divorcio<sup>226</sup>. En Alemania, el *Kranzsgeld*, una pretensión compensatoria de la mujer divorciada por la pérdida de la virginidad, formaba parte del orden público internacional hasta 1958<sup>227</sup>. Más tarde, ese principio fue inaplicable en supuestos de tráfico externo hasta que fue derogado completamente en 1998 por su contrariedad al principio de igualdad del art. 3.2 GG<sup>228</sup>. En la actualidad, todo efecto discriminatorio sobre uno de los cónyuges se rechaza mediante la excepción del orden pú-

<sup>217</sup> Cf. M.P. WELLER et al., 2016, p. 127.

<sup>218</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>219</sup> Cf. C. STAATH, „La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 717-729.

<sup>220</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>221</sup> STS 05/04/1966.

<sup>222</sup> Cf. .C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo III. Derecho aplicable”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO (eds.), *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 83-157.

<sup>223</sup> Cf. I. BACH, “Islamisches Recht vor deutschen Gerichten = Law between Dialogue and Translation: Harmonizing National Law with International Law – The Case of Women’s Rights in Palestine”, Georg-August-Universität Göttingen, 2019.

<sup>224</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS & J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO & S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 5ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926.

<sup>225</sup> Cf. *ibid.*

<sup>226</sup> *Vid.* Art. 10 Alt. 1 RRIII.

<sup>227</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN “ §6. Grundbegriffe: Ordre Public”, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>228</sup> Cf. *id.*

blico internacional. De los dos ejemplos históricos se desprende que el orden público internacional es convertible y faculta al juez plasmar el cambio de valores sociales.<sup>229</sup>

## 5. Efectos

**60.** Una vez inaplicada la ley extranjera, la configuración negativa del orden público internacional provoca un “vacío legal”<sup>230</sup>. Lo más inmediato es recurrir a los preceptos relativos al divorcio de la *lex fori*. Esa es la solución prevista por el art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 aplicado *por referencia* en España, quitando al tribunal la carga justificativa.

El art. 10 está diseñado en el espíritu del “sistema latino”, teoría predominante en los sistemas jurídicos europeos<sup>231</sup> que asume que, cuando el vínculo espacial con el foro sea considerado suficiente para invocar el orden público internacional, ello legitima aplicar la *lex fori* como ley más cercana al asunto. La solución del art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 armoniza con la jurisprudencia española “casi unánime”<sup>232</sup> en favor de su aplicación automática. Tampoco es una solución inhabitual en la jurisprudencia alemana<sup>233</sup>. Desde el punto de vista del foro, aminora el riesgo de colisiones con la estructura jurídica básica del foro<sup>234</sup>. Por el contrario, incrementa el riesgo de que la sentencia no sea reconocida en el estado de origen<sup>235</sup>. Además, provoca problemas de competencia si la ley extranjera regula cuestiones accesorias del divorcio no previstas por la *lex fori*.

Para ponderar esos riesgos, la doctrina española rechaza la aplicación automática de la *lex fori* y defiende una solución individual<sup>236</sup>. Se ha propuesto acudir a un ordenamiento jurídico de la misma familia jurídica<sup>237</sup>, aplicar la segunda ley elegida por los cónyuges por medio del Reglamento (UE) 1259/2010 (si lo hubiese)<sup>238</sup> o acudir al punto de conexión subsidiario (si lo hubiese).<sup>239</sup> En ese sentido, se observa un esfuerzo de la jurisprudencia alemana de acudir a la *lex fori* subsidiariamente<sup>240</sup> y “tan cuidadoso como sea posible”<sup>241</sup>.

**61.** Otra solución frecuente de la jurisprudencia alemana se basa en el *orden público internacional parcial*, concepto que se deduce del tenor literal de los art. 12.3 CC y art. 6 EGBGB.<sup>242</sup> Aunque

<sup>229</sup> Cf. E. JAYME, “Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht“, JURISTISCHE STUDIENGESSELLSCHAFT KARLSRUHE (ed.), núm. 183, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

<sup>230</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>231</sup> Cf. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>232</sup> A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>233</sup> Cf. OLG Hamm 11.10.2010, FJ 2; OLG Kulmbach 28/10/2003, p. 3; OLG Zweibrücken 16/11/2001, p.2.

<sup>234</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>235</sup> Cf. M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

<sup>236</sup> Cf. A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>237</sup> Cf. *ibid.*

<sup>238</sup> Cf. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>239</sup> Cf. A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>240</sup> Cf. B. v. HOFFMANN & K. THORN, “§6. Grundbegriffe: Ordre Public“, en B. v. HOFFMANN & K. THORN (eds.), *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2007, pp. 136-154.

<sup>241</sup> E. JAYME, “Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht“, JURISTISCHE STUDIENGESSELLSCHAFT KARLSRUHE (ed.), núm. 183, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

<sup>242</sup> *Vid.* párr. 16 y 21.

algunas de las disposiciones de la ley extranjera sean incompatibles con el orden público internacional, se intenta dar efecto a las restantes normas en la medida de lo posible.<sup>243</sup> Ello permite someter los efectos periféricos del divorcio a la ley extranjera<sup>244</sup>. A modo de ejemplo, la Ley afgana prevé un intento de reconciliación para la validez del divorcio tras repudio, por lo que un tribunal alemán ordenó la intervención de un mediador experto antes de disolver el matrimonio conforme a la *lex fori*<sup>245</sup>. Aun así, se intenta elegir una modalidad disolutiva que existe en ambos sistemas para evitar situaciones claudicantes.<sup>246</sup> Desafortunadamente, el tenor del art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 sugiere la derogación completa de la ley extranjera<sup>247</sup>, de donde se deduce que la aplicación del art. 10 *por referencia* no permite usar el orden público parcial en España.

## VI. El orden público internacional en sede de reconocimiento. Análisis comparativo del enfoque español y alemán

### 1. Requisitos para el reconocimiento de divorcios privados

62. Podrán ser objeto de control del orden público internacional, los repudios con o sin intervención judicial. No obstante, el grado de intensidad del control varía entre el orden público internacional de ley aplicable y el orden público internacional de reconocimiento. El último sólo se comprueba si la disolución del matrimonio tras repudio puede ser homologada a una sentencia extranjera.

#### 1.1. Acto de una autoridad estatal

63. En primer lugar, la resolución ha de provenir de un órgano jurisdiccional. En el repudio suelen intervenir órganos estatales no judiciales -notarios, u órganos no estatales, públicos o religiosos-. El art. 43 c) LCJIMC dispone de una definición amplia, cubriendo todo órgano con competencias análogas a la autoridad judicial española, esto es, si tiene *imperium* o “capacidad de control sobre los requisitos previstos para que pueda ser decretado”<sup>248</sup>. El BGH acude al mismo criterio y homologa la autoridad si tiene atribuida la facultad de conocer de litigios de derecho privado<sup>249</sup>. En segundo lugar, el acto tiene que resultar de la intervención de dicho órgano. No todo repudio es un divorcio privado. Así, la doctrina alemana y española clasifican el repudio en tres grupos:

*Acto judicial*: No es un divorcio privado. La autoridad interviene en el acto a efectos constitutivos, es decir, el matrimonio no queda disuelto sin su intervención. Su prototipo es el repudio marroquí que se somete a la autorización previa por el juez cuyas “funciones son, obviamente, jurisdiccionales”<sup>250</sup>, por lo que el acto se homologa a una sentencia extranjera susceptible de reconocimiento procesal. En defecto de aplicabilidad del Reglamento (CE) 2201/2003 son aplicables las cláusulas de orden público internacional de reconocimiento del art. 46.1 a) LCJIMC y del art. 328.4 ZPO<sup>251</sup>.

<sup>243</sup> Cf. A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>244</sup> Cf. AG Garmisch-Partenkirchen 19/12/2006, p. 6, OLG Hamm 27/01/2010, p. 3.

<sup>245</sup> Cf. OLG Hamburg 21/03/2000.

<sup>246</sup> Cf. OLG Düsseldorf 03/11/1997, FJ 1.

<sup>247</sup> *Vid.* Conclusiones del abogado general Saugmansgaard Øe, Asunto C-372/16 (Soha Sahyouni contra Raja Mamisch), 2017, párr. 82.

<sup>248</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 460-492.

<sup>249</sup> Cf. BGH 26/08/2020, párr. 17.

<sup>250</sup> STS 25/01/2006, FJ 7.

<sup>251</sup> Cf. S. RUTTEN, “Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, núm. 3, 2004, pp. 263-285.

*Acto notarial:* En esos divorcios privados interviene una autoridad para dar fe al acto previamente constituido. La doctrina española y alemana deniegan su carácter de una “decisión” porque la intervención de la autoridad carece de una noción constitutiva, pues no *decide* sobre la validez de la disolución matrimonial<sup>252</sup>. Corresponde al legislador nacional decidir si el reconocimiento se somete a requisitos procesales o sustantivos<sup>253</sup>. El BGH<sup>254</sup> sostiene que en dichos procesos no se examina un acto oficial, sino un negocio jurídico privado al cual será aplicable la regulación sustantiva del art. 17 EGBGB. Con arreglo al § 107.1 FamFG, la administración judicial federal realiza una revisión a fondo y emite una decisión sustantiva propia sobre el divorcio<sup>255</sup>. En España, dicho acto se asimila a una cuestión de ley aplicable al divorcio. Así pues, en ambos países el reconocimiento de dicha clase de repudio es *sustantivo*, cumpliendo con una función sustituidora de la intervención oficial faltante. Siendo aplicables los artículos 10 Reglamento (UE) 1259/2010 *por referencia* y el art. 6 EGBGB, es válido para esos repudios lo dicho respecto al orden público internacional de ley aplicable<sup>256</sup>.

*Acto privado:* Son los divorcios privados “puros” sin intervención alguna. Una vez pronunciado el repudio, despliega efectos disolutivos inmediatamente. Se considera inexistente en España porque los actos privados no son inscribibles en el Registro Civil<sup>257</sup>. En Alemania, se deniega la competencia del tribunal de reconocer un acto si la *lex causae* no prevé la intervención de autoridad estatal alguna en ello<sup>258</sup>. No son reconocibles, ni de modo procesal ni de modo sustantivo.

## 1.2. Firmeza

**64.** “Una decisión extranjera es firme desde el momento en el que no es susceptible de ulterior recurso ni modificación”<sup>259</sup>. Es jurisprudencia reiterada en España que sólo serán calificados firmes los repudios irrevocables. El paradigmático ATS de 8 de junio de 1999 estableció que será reconocible el acto proveniente de una autoridad extranjera que garantice “de manera clara e inequívoca que se trata de una disolución definitiva e irrevocable del matrimonio”<sup>260</sup>. Dicho examen es sumamente relevante en España donde se admite la separación, situación que permite reanudar el vínculo matrimonial por lo que “guarda cierta semejanza” con la *idda*, fase que permite la revocación del repudio<sup>261</sup>. También es relevante, para garantizar que la subsistencia del matrimonio no sea condicionada por la voluntad de uno de los cónyuges, en cuyo caso el orden público internacional no será examinado<sup>262</sup>. Aunque la separación no existe en Alemania, el carácter revocable es relevante para calificar la resolución extranjera como firme<sup>263</sup>.

<sup>252</sup> Cf. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>253</sup> Cf. M. PIKA & M.P. WELLER, “Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, núm. 1, 2017, pp. 65-72.

<sup>254</sup> Cf. BGH 28/05/2008, citado por *ibid*.

<sup>255</sup> Cf. *ibid*.

<sup>256</sup> *Vid.* párr. 43-61.

<sup>257</sup> Cf. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>258</sup> Cf. M. PIKA & M.P. WELLER, “Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, núm. 1, 2017, pp. 65-72.

<sup>259</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 201-244.

<sup>260</sup> S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223. Cf. BGH 26/08/2020, párr. 53 – 54.

<sup>261</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.

<sup>262</sup> Cf. ATS 21/04/1998; FJ 3, ATS 18/02/2003, FJ 2.

<sup>263</sup> Cf. P. WINKLER V. MOHRENFELS, “Internationales Privatrecht I – Internationales Familienrecht: Art. 10 Rom III-VO”, en F.J. SÄCKER et al. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., vol. 12, C.H. Beck, Múnich, 2020.

## 1.2. Vulneración de garantías procesales

65. El orden público internacional en sede de reconocimiento defiende principios materiales o procesales del foro. El control del *orden público internacional material* sigue los criterios del orden público internacional de ley aplicable.<sup>264</sup> Por lo contrario, el *orden público procesal* sólo se examina en el marco del reconocimiento. El repudio suele chocar con el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE y el derecho a ser oído, art. 103.1 GG. No toda divergencia entre las garantías procesales del foro y las disposiciones del estado de origen del acto extranjero activa el orden público internacional. En Alemania, la garantía vulnerada debe tener carácter imprescindible para el proceso en un estado de derecho,<sup>265</sup> *exempli gratia* cuando el divorcio se obtenga de forma dolosa o mediante documentos falsificados<sup>266</sup>. En España, debe garantizarse un “derecho a ser citado y/o emplazado regularmente y con tiempo suficiente para defenderse”<sup>267</sup>.

66. El repudio clásico está configurado como declaración de voluntad unilateral que no precisa de su recepción por la mujer<sup>268</sup>. Así pues, guarda un estrecho vínculo con el carácter discriminatorio, concediendo al varón un margen de apreciación sobre la efectividad de la notificación. La ausencia de forma escrita provoca la indefensión de la mujer<sup>269</sup>. Según jurisprudencia alemana, esta no ha sido válidamente notificada si es invitada a defenderse ante el tribunal sin conocer la intención del varón de repudiarla<sup>270</sup>. El auto reciente de algún tribunal español sugiere que no basta con la mera notificación del repudio. Debe asegurarse la participación de la mujer en el proceso de disolución del divorcio<sup>271</sup>. En su defecto, el orden público internacional alemán se activa también<sup>272</sup>. La diversidad de regulaciones procesales del repudio en los países musulmanes impide el desarrollo de un catálogo de criterios para el grado suficiente de participación de la mujer. Los tribunales españoles están particularmente familiarizados con el sistema marroquí<sup>273</sup> cuyo régimen procesal es ejemplar para la integración de la mujer repudiada. El repudio no se autoriza antes del agotamiento de toda vía de reconciliación<sup>274</sup> lo que implica la participación de la mujer y evita la activación del orden público internacional. Aun así, el orden público internacional ha sido invocado frente a cuestiones accesorias, a modo de ejemplo cuando la pensión alimenticia se fija por el abogado del varón en vez de un mutuo acuerdo entre los cónyuges<sup>275</sup>. En Alemania, el examen de la intervención de la mujer repudiada en el proceso no se orienta en un prototipo tal cómo el marroquí en España, sino que se acude a una fórmula abstracta desarrollada por el BVerfG. El derecho a ser oído se entiende vulnerado cuando las reglas procesales transforman a la mujer en un mero objeto pasivo en vez de sujeto titular de garantías procesales<sup>276</sup>. La transposición de la así llamada *Objektformel* al control de orden público internacional demuestra que la frase segunda del art. 6 EGBGB constituye una puerta de entrada no sólo para los derechos fundamentales, sino también para la doctrina constitucional.

<sup>264</sup> *Vid.* párr. 43-61.

<sup>265</sup> *Cf.* D. BAETKE, 2020, “Band 6: Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht: Art. 6 EGBGB“, en M. WÜRDINGER (ed.), *Juris PraxisKommentar BGB*, 9.a ed., Juris GmbH, Saarbrücken, 2020.

<sup>266</sup> *Cf.* BayObLG 28/07/1999, FJ 2.

<sup>267</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>268</sup> *Cf.* OLG Stuttgart 03/05/2019, párr. 12.

<sup>269</sup> *Cf.* M. MUT BOSQUE et al., “Reflexiones sobre el repudio islámico y judío en el derecho civil y penal español: la institución del orden público internacional: Vol. II International Conference Family and Society”, 2015.

<sup>270</sup> *Cf.* S. RUTTEN, “Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, núm. 3, 2004, pp. 263-285.

<sup>271</sup> *Cf.* AAP Málaga 29/01/2015, FJ 5.

<sup>272</sup> *Cf.* OLG Stuttgart 03/05/2019, párr. 10.

<sup>273</sup> *Cf.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en A. RODRÍGUEZ BENOIT (ed.), *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.

<sup>274</sup> *Cf.* STS 25/01/2006, FJ 5.

<sup>275</sup> *Cf.* AAP Guipúzcoa 09/03/2018, FJ 2.

<sup>276</sup> *Cf.* OLG Stuttgart 03/05/2019, párr. 13.

## 2. Intensidad de la incompatibilidad

67. En ambos sistemas jurídicos, “el grado de tolerancia va a ser mucho mayor”<sup>277</sup> frente a una situación jurídica creada en el extranjero porque la falta de una conexión espacial aminora el riesgo de un perjuicio para los valores esenciales del foro. Por el contrario, si los cónyuges residen en el foro, pero el varón insta un repudio en el extranjero, su reconocimiento elude un proceso de divorcio ante un tribunal del foro. El así llamado “repudio migratorio”<sup>278</sup> ocupa a la doctrina de ambos países. Los tribunales españoles lo enfrentan verificando la competencia del tribunal de origen mientras que los alemanes incluso lo califican cómo fraude de ley<sup>279</sup>.

La menor intensidad del orden público internacional por motivo de la distancia geográfica se denomina *orden público internacional atenuado* en España y *effet atténué* en Alemania. Las resoluciones extranjeras se someten a un pronunciamiento declarativo en España, siendo prohibido toda revisión del fondo<sup>280</sup> que exceda del marco necesario para el control del orden público internacional<sup>281</sup>.

68. Asimismo, el procedimiento alemán “privilegiado”<sup>282</sup> de los §§ 108, 109 FamFG prevé una examinación escasa y limitada, regida por los principios de prohibición de revisión al fondo y el principio de confianza<sup>283</sup>. No cabe la activación automática del orden público internacional frente al acto de divorcio tras repudio<sup>284</sup>. En Alemania, sólo opera cuando el repudio evidentemente revista el carácter de un provecho arbitrario de las facultades exclusivas del varón,<sup>285</sup> o cuando la mujer figurase como mero objeto del proceso de divorcio<sup>286</sup>. En España, y aunque el art. 46.1 a) LCJIMC no lo recoja, el repudio debe provocar una incompatibilidad *manifiesta*<sup>287</sup>, por lo que sólo opera frente al repudio clásico unilateral con una evidente nota discriminatoria<sup>288</sup>.

## 3. Ámbito de control

69. En los supuestos de orden público internacional de ley aplicable, el consentimiento de la mujer se interpreta de modo restrictivo. Resulta difícil delimitar entre la voluntad respecto al divorcio y/o la forma externa del repudio<sup>289</sup>. Por el contrario, en el ámbito de reconocimiento, esa dificultad no existe porque la solicitud instada por la mujer ya implica su intención de reconocer los efectos del divorcio *mediante* repudio.

<sup>277</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>278</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.

<sup>279</sup> *Vid. e.g.* OLG Stuttgart 03/05/2019, párr. 17.

<sup>280</sup> *Vid.* art. 48 LCJIMC.

<sup>281</sup> *Cf.* AAP Málaga 29/01/2015, FJ 2.

<sup>282</sup> M. PIKA & M.P. WELLER, “Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, núm. 1, 2017, pp. 65-72.

<sup>283</sup> *Cf.* BGH 26/08/2020, párr. 23.

<sup>284</sup> *Cf.* D. BAETKE, 2020, “Band 6: Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht: Art. 6 EGBGB“, en M. WÜRDINGER (ed.), *Juris PraxisKommentar BGB*, 9.a ed., Juris GmbH, Saarbrücken, 2020.

<sup>285</sup> *Cf.* S. RUTTEN, “Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, núm. 3, 2004, pp. 263-285.

<sup>286</sup> *Cf.* OLG Stuttgart 03/05/2019, párr. 13.

<sup>287</sup> *Cf.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª) núm. 120/2018, de 9 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 834-840.

<sup>288</sup> *Cf.* A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

<sup>289</sup> *Vid.* párr. 54.

70. Frente a un proceso de divorcio en el foro, el reconocimiento del repudio supone un modo “más usual, fácil, rápido y económico”<sup>290</sup>. Así pues, cuando la mujer repudiada insta el reconocimiento, suele ser admitido por los tribunales españoles<sup>291</sup> y alemanes<sup>292</sup>, salvo que coincidiese con otra solicitud de disolución del divorcio ante un tribunal del foro.<sup>293</sup> Es más, la jurisprudencia española sostiene que una aplicación rigurosa del orden público internacional pueda acabar en una doble vulneración de sus garantías procesales<sup>294</sup>. La denegación del reconocimiento obligaría a la mujer a iniciar un proceso de divorcio en España, que acabaría en el mismo resultado, pero con un adicional perjuicio económico y moral<sup>295</sup>. Además, privaría a la mujer de su derecho a contraer segundas nupcias al subsistir un impedimento de ligamen conforme a las normas del Código Civil<sup>296</sup>.

Todo ello convierte la admisión del reconocimiento instado por la mujer en un “imperativo impuesto a los poderes públicos”<sup>297</sup>. En términos menos explícitos, el BGH reconoce que su denegación priva a la mujer de la autonomía de decidir sobre la forma exterior de su divorcio<sup>298</sup>.

71. Esa doctrina del control de resultado sólo es vigente en supuestos de reconocimiento procesal del repudio, siendo aplicables las clásicas cláusulas nacionales de orden público internacional de reconocimiento que producen resultados casi idénticos en ambos países. Así, ante un reconocimiento sustantivo se produce una vez más la colisión entre los requisitos clásicos del art. 6 EGBGB y el tenor literal abstracto del art. 10 (UE) Reglamento 1259/2010 aplicable *por referencia* en España.

Mientras que la solución alemana no diverge de los supuestos de reconocimiento procesal, la aplicabilidad del control de resultado al reconocimiento sustantivo es discutida<sup>299</sup>: ¿Debe admitirse la solicitud de reconocimiento instada por la mujer o prevalece la defensa imperativa de sus garantías procesales?

Si se optase por una interpretación abstracta del art. 10, se aplicaría un doble rasero a las mujeres repudiadas. Aquellas solicitudes de reconocimiento de un repudio clasificado como acto judicial serían admitidas para evitar la doble discriminación procesal, mientras que las solicitudes de reconocimiento de un repudio clasificado como acto notarial serían denegadas, poniendo “el formalismo del principio igualitario por encima del resultado material que se produce en el caso concreto”<sup>300</sup>.

Ese trato desigual discrimina a la última, que es privada de las ventajas del reconocimiento en vez de otro proceso de divorcio en el foro, aunque no puede hacer nada al respecto de la forma de su repudiación. Por ello, urge que el legislador español se asegure de la aplicabilidad del control de resultado en supuestos de reconocimiento procesal y material.

<sup>290</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.

<sup>291</sup> *Vid.* ATS 21/04/1998; ATS 18/05/2004.

<sup>292</sup> *Cf.* BGH 06/10/2004, párr. 4 d).

<sup>293</sup> *Cf.* OLG Stuttgart 03/05/2019, párr. 15.

<sup>294</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>295</sup> *Cf.* ATS 21/04/1998, FJ 3.

<sup>296</sup> *Cf.* S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones*, núm. 13, 2008, pp. 183-223.

*Cf.* BGH 26/08/2020, párr. 53 – 54.

<sup>297</sup> *Id.*

<sup>298</sup> *Cf.* BGH 26/08/2020, párr. 54.

<sup>299</sup> *Vid.* párr. 51-52.

<sup>300</sup> H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

#### 4. Efectos atenuantes

72. Es común que la decisión extranjera se pronuncie sobre cuestiones accesorias a la mera disolución del matrimonio,<sup>301</sup> p.ej. alimentos, tutela, pensión, etc.

La subdivisión del orden público internacional de reconocimiento en efectos nucleares y accesorios<sup>302</sup> permite admitir efectos que no resultan incompatibles con el orden público internacional<sup>303</sup> y que se admiten para “evitar injusticias mayores”<sup>304</sup>.

73. El concepto de los *efectos atenuantes* tiene su origen en España en una época en la cual el principio de indisolubilidad del matrimonio provocaba la frecuente intervención del orden público internacional. Fue desarrollado por la Dirección General de Registros y Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que enfrentaba los detalles técnicos y menos solemnes alrededor del divorcio extranjero<sup>305</sup>. En su excelsa Resolución del 18 de septiembre de 1971, admitió la inscripción de un matrimonio civil entre una española y un saharauí, pese a que el varón había repudiado a sus dos esposas anteriores<sup>306</sup>.

El reconocimiento del efecto principal no fue denegado por motivo de la unilateralidad del repudio, sino por razón del principio de indisolubilidad del matrimonio<sup>307</sup>. Ese último provocó la necesidad de crear un compromiso “entre continuidad transfronteriza e integridad de la estructura jurídica de la sociedad española”<sup>308</sup>.

74. En la actualidad, se refleja en los artículos 49 y 50.3 LCJIMC que permiten la solicitud y admisión parcial del reconocimiento, instrumento útil para evitar la activación del orden público internacional. En Alemania no existe la figura del reconocimiento parcial. El examen de la resolución en el sentido de los §§ 107 y ss FamFG cubre tan sólo la disolución del vínculo matrimonial, correspondiendo la apreciación de los efectos accesorios a los tribunales civiles<sup>309</sup>. Ello es problemático porque son frecuentes los supuestos en los que el efecto nuclear del repudio es compatible con el orden público internacional mientras que los efectos accesorios son incompatibles.

Así suele ocurrir con la *Haddana*<sup>310</sup>, en la que la AP de Guipúzcoa consideró que la atribución de la tutela sobre los hijos al padre por imperativo legal era incompatible con el principio de no discriminación por razón del sexo, aunque admitió el reconocimiento del efecto principal<sup>311</sup>. En un supuesto similar, el AG Hamburg consideró que la *Haddana* era incompatible con el derecho a ser oído de la madre repudiada, a pesar de que el proceso de disolución de matrimonio respetaba sus garantías procesales<sup>312</sup>.

75. Ante tales supuestos, el art. 49 LCJIMC permite una diferenciación precisa entre efectos compatibles e incompatibles con el orden público internacional. En cambio, al tribunal alemán sólo le queda

<sup>301</sup> Cf. N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 460-492.

<sup>302</sup> Vid. párr. 11.

<sup>303</sup> Cf. J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de orden público en el derecho internacional privado español”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 2, 1975, pp. 125-168.

<sup>304</sup> A. YBARRA BORES, “Los problemas de aplicación del sistema de derecho internacional privado”, en A. RODRÍGUEZ BENOT et al. (ed.), *Manual de derecho internacional privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 149-162.

<sup>305</sup> Cf. J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de orden público en el derecho internacional privado español”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 2, 1975, pp. 125-168.

<sup>306</sup> Cf. *ibid.*

<sup>307</sup> Vid. párr. 59.

<sup>308</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, pp. 5-32.

<sup>309</sup> Cf. PRESIDENTE DEL OLG KOBLENZ, “Hinweise für das Verfahren auf Anerkennung einer ausländischen Entscheidung in Ehesachen nach § 107 FamFG”, [www.olgko.justiz.rlp.de](https://olgko.justiz.rlp.de), 2021, p. 6., disponible en: [https://olgko.justiz.rlp.de/fileadmin/justiz/Gerichte/Ordentliche\\_Gerichte/Oberlandesgerichte/Koblenz/Dokumente/Anerkennung/HinweisAnerkennungScheidung.pdf](https://olgko.justiz.rlp.de/fileadmin/justiz/Gerichte/Ordentliche_Gerichte/Oberlandesgerichte/Koblenz/Dokumente/Anerkennung/HinweisAnerkennungScheidung.pdf)

<sup>310</sup> Vid. párr. 38.

<sup>311</sup> Cf. SAP Guipúzcoa 09/03/2018, FJ 2.

<sup>312</sup> Cf. AG Hamburg 24/01/1985.

ponderar si la incompatibilidad con el orden público internacional afecta más al efecto principal o a los efectos accesorios, influyendo la calificación del efecto nuclear en la decisión de los tribunales civiles sobre los efectos accesorios. Convendría recoger el concepto del reconocimiento parcial en los §§ 107 y ss. FamFG para agilizar el control de las cuestiones accesorias del repudio, aumentando la seguridad jurídica.

## VII. A modo de reflexión final

76. Las cláusulas españolas y alemanas de orden público internacional funcionan casi idénticas, pues poseen un carácter abstracto y negativo y similares límites: la excepcionalidad, el control de resultado, la exigencia de una incompatibilidad manifiesta y la aplicabilidad parcial de la ley extranjera no incompatible.

Además, los criterios del orden público se uniformizan gracias a que su doctrina excede de la esfera nacional. Los criterios alemanes de la *Ergebniskontrolle* y del *Inlandsbezug* son adoptados por los tribunales españoles. No obstante, otros planteamientos se basan en acontecimientos histórico-nacionales y no se transponen a otros sistemas jurídicos, *verbi gratia*, la abundante doctrina española de los efectos atenuantes o la simbólica mención especial de los derechos fundamentales en Alemania, que resultó prescindible al no llegar a resultados distintos que el precepto español.

77. El orden público internacional funciona como un “espejo”, pues se aprecia una comparación entre lo propio y lo ajeno. En el ámbito de las crisis familiares internacionales, en concreto las particularidades de cada régimen de divorcio, influyen en los criterios de control del orden público internacional. No es menos cierto que, en ocasiones, el uso del orden público internacional frente al repudio se debe a la incompreensión de la figura. Para evitar su rechazo automático y situaciones claudicantes, sería deseable una mejor comprensión de esta institución a nivel europeo.

78. En otro orden, el tenor literal abstracto del art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010 aplicable *por referencia* en España casi automatiza el uso del orden público internacional, mientras que los criterios clásicos de la cláusula alemana minimizan su aplicabilidad.

79. En el ámbito del orden público internacional de ley aplicable, el análisis comparativo entre el sistema español y alemán se convirtió en una “triple comparación” entre la doctrina clásica alemana y española además del novedoso art. 10 (UE) 1259/2010 *por referencia*. El automatismo de ese último precepto provoca la inversión de la doctrina clásica alrededor del orden público internacional. En el marco de un proceso de materialización orden público internacional, el legislador europeo pretendía implementar el principio de igualdad como principio informador con vigencia directa y absoluta<sup>313</sup>. Aunque su intención es encomiable, el carácter abstracto del art. 10 tiene un efecto nocivo porque choca con los criterios clásicos del orden público internacional.

El ejemplo de España demuestra que el art. 10 pone en cuestión la aplicabilidad de aquellos criterios que restringen el uso del orden público internacional. En suma, sólo seguirán operando frente al repudio si el legislador español introdujese una remisión al art. 12.3 CC, tal como sucedió en Alemania donde se mantiene el control clásico del orden público internacional con un foco en el *Inlandsbezug* y la *Ergebniskontrolle*. En relación con el repudio, el criterio de control del resultado resulta imprescindible para ponderar los intereses individuales de los cónyuges. No obstante, la interpretación estricta del consentimiento de la mujer en Alemania provoca el mismo resultado que el art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010. El carácter formalmente discriminatorio de la ley extranjera impide su aplicación al divorcio ante un tribunal alemán o español.

80. El contraste entre la solución de la doctrina clásica española y alemana frente al novedoso art. 10 se agravia en el ámbito del orden público de reconocimiento. En ambos países, el repudio ca-

<sup>313</sup> *Vid.* cons. 30 RRIII.

lificado como acto judicial se somete al control restrictivo del orden público internacional en sede de reconocimiento que opera raras veces. Igualmente, el reconocimiento sustantivo del repudio con intervención declarativa se homologa a un supuesto de orden público de ley aplicable, provocando en España una discrepancia intolerable entre el trato de la mujer repudiada con y sin intervención constitutiva.

**81.** Debido a la influencia dominante de los preceptos fundamentales con vigencia universal, el criterio de conexión espacial es cada vez menos relevante. Convendría que los tribunales alemanes los invocasen con más frecuencia, tal como ya ocurre en España<sup>314</sup>. Ello conlleva un gran potencial para el uso futuro del orden público internacional, en tanto que un principio tenga la consideración de esencial en la mayoría de los estados, activarlo sería sencillo contando con el respaldo de la comunidad internacional. No obstante, ello no debe acabar con la priorización de ciertos valores, tales como el principio de igualdad que tiene un alcance *quasi-universal*<sup>315</sup>.

**82.** De todos modos, el monopolio estatal de disolución del divorcio existente en Alemania y España no es representativo a nivel global. La disolución extrajudicial del matrimonio es un fenómeno cada vez más frecuente que busca agilizar los trámites y reducir la carga de trabajo a los tribunales<sup>316</sup>. La historia del orden público español demuestra que la aceptación de ciertos resultados del repudio a través de los efectos atenuantes podría suponer un índice de que ciertos elementos del orden público internacional hayan quedado obsoletos. No parece improbable que, en un futuro cercano algún tribunal alemán o español active el orden público internacional contra leyes extranjeras que no permiten el divorcio *sin* intervención judicial.

El divorcio se caracteriza por un dilema entre la protección de la parte más débil y el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges. Los criterios propios del orden público internacional sirven para ponderar los derechos de igualdad y de la libertad de los litigantes extranjeros. De la comparación entre los artículos 10 Reglamento (UE) 1259/2010 y las cláusulas nacionales de orden público internacional resulta que las últimas son más útiles para conseguir la “justicia material en el caso concreto”<sup>317</sup>.

Ciertamente, un futuro orden público internacional europeo tiene potencial para reforzar la tutela de los principios esenciales compartidos, pero sin obviar la “vía normativa” del art. 10 Reglamento (UE) 1259/2010, la doctrina clásica del orden público internacional junto con una “vía interpretativa” para conseguir resultados justos ajustados al caso concreto<sup>318</sup>. Para ello, es imprescindible que el orden público internacional mantenga su carácter “móvil, flexible y fluctuante”<sup>319</sup>.

**83.** Del análisis del orden público internacional español y alemán se deduce que la imposición rigurosa de principios abstractos pueda vulnerar los intereses individuales del litigante. Por ello, un futuro orden público internacional europeo no debe ser un orden público de única dirección, sino un orden público de protección que garantice los derechos fundamentales de los individuos<sup>320</sup>.

<sup>314</sup> *Vid. e.g.* SAP La Rioja 7/04/2014, FJ 2.

<sup>315</sup> C. STAATH, „La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 717-729.

<sup>316</sup> Cf. N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 460-492.

<sup>317</sup> Cf. H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 2003, pp. 235-264.

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> ATS 24/10/1997.

<sup>320</sup> A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado: Vol. II*, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 227-314.

UN BUEN INSTRUMENTO PARA LA TUTELA DEL CRÉDITO  
QUE SUSCITA NO POCOS PROBLEMAS PRÁCTICOS:  
EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA\*

A GOOD INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF CREDIT  
THAT RAISES SOME PRACTICAL PROBLEMS:  
THE EUROPEAN SMALL CLAIM PROCEDURE\*\*

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0003-0462-2635

Recibido: 18.06.2021/ Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6270>

**Resumen:** En el presente estudio se analiza el proceso europeo de escasa cuantía, instrumento con el que se pretende favorecer el cobro de créditos transfronterizos que no excedan de 5.000 euros que, pese a su sencillez, o quizá precisamente por ella, presenta no pocos problemas prácticos. Se articula sobre la base de formularios estandarizados, sin que sea necesario que intervengan profesionales del Derecho, desarrollándose fundamentalmente por escrito, aun cuando se prevé la posibilidad de que las pruebas puedan practicarse en una audiencia a través de videoconferencia u otros sistemas de comunicación, lo que puede poner en entredicho las garantías inherentes a la oralidad, singularmente la de la inmediación. El hecho de que la sentencia que le ponga fin pueda ejecutarse directamente en cualquier Estado de la Unión Europea que haya suscrito el Reglamento comunitario 861/2007 constituye uno de sus principales atractivos, siendo preciso potenciar sus restantes alicientes si se desea un uso más efectivo del mismo.

**Palabras clave:** tutela del crédito, proceso europeo de escasa cuantía.

**Abstract:** This study analyzes the European small-amount process, an instrument which intendeds to favor the collection of cross-border credits not exceeding 5.000 euros which, despite its simplicity, or perhaps precisely because of it, presents many problems practical. It is based on standardized forms, without needing the intervention of legal professionals, thus being developed mainly in written. Nevertheless, it is foreseen the possibility is foreseen that the evidence can be practiced in a hearing through videoconference or other communication systems, even though it can call into question the guarantees inherent to orality, particularly that of immediacy. The fact that the sentence that puts an end to it can be executed directly in any State of the European Union that has signed Community Regulation 861/2007 is one of its main attractions, being necessary to enhance the other incentives whether a more effective use is desired.

**Keywords:** credit protection, European small claims process.

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional» (DER2017-85675-R), financiado por MINECO/AEI/FEDER, UE.

This work has been carried out within the framework of the Research Project “Process, complementary or alternative methods and new technologies for a more guaranteeist justice: pending challenges in judicial protection” (DER2017-85675-R), funded by MINECO / AEI / ERDF, EU.

**Sumario:** I. Presentación. II. Objeto y ámbito de aplicación. III. Peculiaridades que lo singularizan. IV. Procedimiento. A) Demanda. B) Examen de la demanda y, en su caso, admisión a trámite. C) Traslado de la demanda al demandado. D) Posibles conductas del demandado frente a la demanda. E) Actuaciones posteriores y dictado de la sentencia. V. Posibles recursos contra la sentencia. VI. Reconocimiento y ejecución de sentencias en otro Estado de la Unión Europea que haya suscrito el Reglamento comunitario 861/2007. VII. Cuestiones a considerar.

## I. Presentación

1. Como es sabido, la Unión Europea es una asociación política y económica, constituida por 27 países tras la salida del Reino Unido, que han delegado parte de su soberanía en distintas instituciones comunes para que estas adopten democráticamente decisiones sobre asuntos de interés para todos ellos.

2. Es igualmente conocido que, en los últimos años, la Unión Europea ha realizado un importante esfuerzo por regular procesos que puedan ser utilizados por todos los ciudadanos que la integran, a fin de facilitar su acceso a la Justicia.

3. Así,

- con el deseo de acelerar y simplificar que pueda ejecutarse en un Estado de la Unión distinto de aquel en que se dictó la resolución acordada contra un deudor o un documento ejecutivo que requiera el consentimiento expreso de este, ya sea una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva, el 21 de abril de 2004, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el Reglamento (CE) núm. 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados;
- con el fin de simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, el 12 de diciembre de 2006, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo;
- con el propósito de establecer normas comunes que permitan simplificar y acelerar los litigios transfronterizos referidos a las demandas de pensión alimenticia, el 18 de diciembre de 2008, el Consejo de la Unión Europea aprobó el Reglamento núm. 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos;
- con la intención de suprimir los obstáculos que puedan existir para que los ciudadanos de la Unión puedan ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas; y, más en concreto, para que puedan organizar su sucesión y puedan garantizarse eficazmente los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia, el 4 de julio de 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el Reglamento (UE) núm. 650/2012, 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.

4. De igual modo, con la voluntad de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía económica en determinados asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo, el 11 de julio de 2007, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el Reglamento (CE) núm. 861/2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, que es el que va a ocupar nuestra atención a partir de ahora.

5. Según se dice en sus considerandos iniciales, con dicho Reglamento se pretenden dos grandes objetivos: regular un proceso europeo que, sin merma de las debidas garantías, facilite la resolución

de determinados asuntos patrimoniales de carácter transnacional<sup>1</sup>; y eliminar cualquier procedimiento intermedio que pueda existir para que las sentencias dictadas en un país integrante de la Unión, tras el desarrollo de este proceso, pueda ejecutarse en otro distinto a aquel en que se hayan acordado<sup>2</sup>.

6. Con todo, la realidad pone de manifiesto que, al menos en nuestro país, es un proceso escasamente conocido y, por ende, poco utilizado.

Nuestra afirmación se basa en la información que facilita el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), que no registra ningún resultado cuando se consulta los procesos europeos de escasa cuantía tramitados por Juzgados de Primera Instancia o por Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y solo facilita 54 resultados de casos tramitados por Juzgados de lo Mercantil, la gran mayoría referidos a reclamaciones en materia de transporte, sobre todo aéreo, como consecuencia de retrasos en el vuelo contratado, pérdidas de enlace con otros viajes, extravío de equipajes, etcétera<sup>3</sup>.

7. Lo anterior permite alcanzar una primera conclusión. En realidad, dos. Que es necesario que se dé a conocer más el derecho procesal civil europeo y su importancia para resolver determinadas disputas. Y que los juristas hemos de profundizar en su estudio –más de lo que ya lo hacemos– y formular propuestas para que aquel pueda ser más eficaz, ampliando así nuestro espectro de análisis, en beneficio del conjunto de la sociedad.

## II. Objeto y ámbito de aplicación

8. El proceso europeo para demandas de escasa cuantía –más conocido como «proceso europeo de escasa cuantía»– es un instrumento opcional que se añade a los ya existentes en nuestro ordenamiento que, como hemos señalado, nace con dos principales propósitos: el de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía económica en asuntos transfronterizos; y el de reducir los costes que dichos juicios llevan consigo, eliminando los obstáculos que puedan impedir que se reconozcan en un Estado de la Unión Europea las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro al resolver esta clase de litigios (cfr. el art. 1 del Reglamento (CE) núm. 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio [en adelante, el Reglamento o el RPEEC]).

9. Se rige por lo dispuesto en el RPEEC y, con carácter supletorio, en lo que no se encuentre regulado por este, por la legislación procesal del Estado en el que se desarrolle (vid. su art. 19)<sup>4</sup>. En nuestro caso, por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv, en lo sucesivo).

Dicho esto, debe apuntarse de inmediato que dicha norma comunitaria ha sido objeto de dos reformas: una en 2015, por la que se elevó de 2.000 a 5.000 euros el valor económico de la demanda que puede formularse; y otra en 2017, en virtud de la cual se actualizaron los cuatro formularios que se acompañan a la misma como anexos, a fin de contuviesen las modificaciones que se aprobaron en 2015 y debían entrar en vigor el 14 de julio de 2017.

Y también, claro está, que nuestra LECiv ha sido modificada en dos ocasiones en cuestiones que afectan al proceso europeo de escasa cuantía. En virtud de la Ley 4/2011, de 24 de marzo, que incorporó a la misma su actual disposición final vigésima cuarta, que tiene la significativa rúbrica de «*Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía*». Y por medio de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que reformó su artículo 455.1, con las consecuencias que posteriormente veremos.

<sup>1</sup> Cfr. los artículos 1 a 19 del Reglamento (CE) núm. 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 («Diario Oficial de la Unión Europea», núm. 199, de 31 de julio de 2007, págs. 1 a 22).

<sup>2</sup> Vid. los artículos 20 a 23 del Reglamento arriba mencionado.

<sup>3</sup> Datos a 28 de mayo de 2021. Sobre este particular, véase lo que se dice más adelante en el último apartado de este estudio.

<sup>4</sup> Por tanto, la regulación que se hace en el RPEEC se ciñe a sus elementos esenciales, no es exhaustiva.

**10.** La lectura atenta de lo dispuesto en el RPEEC pone de manifiesto que nos encontramos ante un proceso aplicable en todos los Estados de la Unión Europea, salvo en Dinamarca (art. 2.3), debido a las salvedades con que dicho país se adhirió al Tratado de Ámsterdam<sup>5</sup>, que permite discutir algunas cuestiones civiles y mercantiles en asuntos transfronterizos cuando el valor económico de la demanda no exceda de 5.000€<sup>6</sup>, excluido el importe de los posibles intereses, gastos y costas<sup>7</sup>.

Ello implica una primera conclusión: la de que no puede utilizarse cuando el valor económico del litigio supere dicho importe o la cuantía sea indeterminada, hipótesis en las que solo podrán utilizarse los cauces procesales que, en su caso, prevea cada derecho interno.

Sin embargo, no supone que solo esté pensado para reclamar deudas dinerarias. En absoluto. Pues también puede utilizarse para ejercitar pretensiones de condena no pecuniarias (relativas a un hacer, a un no hacer o a la entrega de una cosa distinta a dinero)<sup>8</sup>, o incluso, aunque seguramente serán más infrecuentes, pretensiones meramente declarativas o constitutivas (por ejemplo, la petición de que se anule un contrato), siempre y cuando, eso sí, se cumpla el presupuesto antes reseñado de que la cuantía del pleito no sobrepase la suma de 5.000 euros<sup>9</sup>. Así se deduce del formulario de demanda que figura como anexo I en el RPPEC.

Nada dispone el Reglamento sobre cómo debe determinarse la cuantía en estos casos. Por lo que ha de estarse a lo que disponga cada ordenamiento interno, y, por lo que hace a nuestro país, a lo previsto en los artículos 251 y siguientes de la LECiv.

**11.** Sentado lo anterior, conviene aclarar de inmediato dos aspectos relacionados con el que acaba de señalarse. Pues es preciso saber cuándo se entiende que estamos ante un asunto civil o mercantil de los que puede discutirse a través de este proceso y cuándo se considera que estamos ante un asunto transfronterizo.

**12.** En relación con la primera cuestión, ha de apuntarse que el RPEEC, en lugar de ofrecer un elenco de asuntos de carácter civil y mercantil a los que resulta de aplicación el proceso que regula, opta por la solución contraria, señalando aquellas materias que quedan excluidas de su aplicación.

Y, así, refiere que sus disposiciones no son aplicables a asuntos que versen sobre materia fiscal, aduanera y administrativa; a aquellos en que se reclame responsabilidad a un Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad; ni a los que se refieran al estado y capacidad jurídica de las personas físicas, a los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales o de los regímenes que regulen cuestiones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable a dichas relaciones, a las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, parentesco, matrimonio o afinidad, a los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte, a la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, a la seguridad social, al arbitraje, al derecho laboral, a los arrendamientos de inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios, o a las violaciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> En efecto. Dinamarca, al no participar en la aprobación de ningún reglamento comunitario, salvo que expresamente salve la excepción que a tal efecto formuló en su día, no se encuentra vinculado por el RPEEC, ni está sujeto a su aplicación.

<sup>6</sup> La suma de 5.000 euros puede parecer insuficiente en aquellos casos en los que la legislación nacional regula algún proceso de escasa cuantía para reclamar cantidades superiores a la ya señalada, pero ha de tenerse en cuenta la dispar realidad jurídica y económica de los distintos países que integran la llamada Unión Europea, lo que no facilita el necesario consenso para que pueda elevarse dicho umbral en un futuro próximo.

<sup>7</sup> Estas partidas no se tienen en cuenta para fijar el valor del litigio, pero, no obstante, pueden reclamarse en él (vid. el Considerando 10 del RPEEC y el formulario oficial de demanda).

<sup>8</sup> Vid. a este respecto el artículo 5.5 del RPEEC.

<sup>9</sup> A juicio de VALENCIA MIRÓN, dicho límite hace referencia a la cuantificación de la pretensión íntegra, por lo que, de acuerdo con dicho criterio, se vulneraría el Reglamento (CE) núm. 861/2007 si se interpusieran dos o más demandas que formalmente no excedieran del mismo para reclamar una deuda superior a 5.000 euros (A. VALENCIA MIRÓN, «El proceso europeo de escasa cuantía», en *Derecho Procesal Civil Europeo. Vol. III. Tutela judicial del crédito en la Unión Europea* [dirigido por Andrés de la Oliva Santos; coordinado por Carmen Senés Motilla y Jaime Vegas Torres], Thomson Reuters (Legal) Limited, Cizur Menor, 2011, pág. 267).

<sup>10</sup> Cfr. su artículo 2.

Lo que permite concluir –con VALENCIA MIRÓN– que la «materia civil y mercantil» a que se refiere la norma se identifica con el llamado derecho privado patrimonial<sup>11</sup>. Y, lo que es más importante, por lo que ahora nos interesa, que pese a lo que pueda sugerir su rúbrica, a través de este reglamento comunitario no pueden reclamarse todas las deudas de pequeña cuantía en asuntos europeos o supranacionales: se trata de un cauce que solo puede ser utilizado para ejercitar acciones en determinados asuntos de carácter privado, civil o mercantil, siempre y cuando, además, el valor económico de la demanda no exceda del umbral económico antedicho de 5.000€.

13. Por lo que hace a la segunda, el legislador comunitario ha dispuesto que, a los efectos de este Reglamento, son asuntos transfronterizos aquellos en los que, al menos una de las partes, esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el tribunal que conozca del conflicto. Lo que, como es lógico, requiere determinar con carácter previo en qué casos se está domiciliado en el Estado cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto, cuestión a la que dan respuesta los artículos 62 y 63 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De acuerdo con dichos preceptos, para determinar si una parte está domiciliada en el Estado cuyos tribunales conocen el asunto, estos han de tener en consideración su ley nacional, aplicando la de otro país de la Unión Europea solo cuando no esté domiciliada en aquel y sea preciso determinar si lo está en este, entendiéndose, a los efectos de dicho Reglamento, que una sociedad o persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal, y que un trust está domiciliado en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto si así lo determinan sus normas de Derecho internacional privado.

### III. Peculiaridades que lo singularizan

14. Una vez aclarado que estamos ante un proceso que complementa los existentes en cada ordenamiento interno, en virtud del cual pueden reclamarse determinadas cuestiones civiles y mercantiles en asuntos transfronterizos cuando el valor económico del litigio no exceda de 5.000 euros, procede destacar dos notas que lo singularizan.

15. En primer lugar, la de que el proceso europeo de escasa cuantía se desarrolla de forma predominantemente escrita (art. 5.1 del Reglamento), lo que resulta absolutamente lógico, habida cuenta que se ha articulado en la idea de que, al menos una de las partes, no va a estar físicamente presente en el lugar donde se va a desarrollar.

Ello no supone que el tribunal que conozca del mismo no pueda ordenar la celebración de una vista oral –que, en su caso, podrá celebrarse por videoconferencia u otros medios de comunicación, en la medida en que se disponga de los medios técnicos correspondientes (art. 8.1 del RPEEC)–. En absoluto. Puede hacerlo en dos concretos supuestos: cuando considere que es necesaria y cuando, habiéndola solicitado una de las partes, no la estime inconveniente a la vista de las circunstancias que concurran en el caso de que se trate.

Por tanto, puede acordarse. Y, además, si se piensa con sosiego, y por tanto con método y orden, es lógico que pueda hacerse. Pues, en ocasiones, es evidente que puede ayudar a delimitar las cuestiones objeto de debate.

Ahora bien, habida cuenta la decidida apuesta que el legislador comunitario hace por la forma escrita en este proceso, dicha decisión deberá adoptarse en su caso con suma prudencia. Pues, como subraya el Considerando 9 del Reglamento, el tribunal ha de respetar «*el derecho a un juicio justo y el principio contradictorio del proceso*» en todo momento, pero «*especialmente cuando se pronuncie sobre la necesidad de una vista oral, sobre los medios de práctica de la prueba y sobre el alcance de*

<sup>11</sup> A. VALENCIA MIRÓN, «El proceso europeo de escasa cuantía», *ob. cit.*, pág. 264.

*la práctica de la prueba*». Lo que implica una clara limitación al poder de dirección que se reconoce al órgano jurisdiccional en este punto, que, sea cual sea la decisión que adopte, deberá hacerlo de forma motivada, sin que sean admisibles respuestas escuetas o estandarizadas que impidan conocer los verdaderos motivos por los que se adopta<sup>12</sup>.

Esta opción por la escritura, unida al hecho de que el proceso de escasa cuantía está pensado para que las partes puedan actuar por sí mismas, sin necesidad de estar representadas por abogado u otro profesional del derecho, se hace posible articulando un proceso que, en gran medida, se desarrolla a través de formularios<sup>13</sup>, disposición bienintencionada que, sin embargo, como posteriormente veremos, presenta algunos inconvenientes.

**16.** Y, en segundo término, la de que su desarrollo viene condicionado por cuatro características, relativas al idioma en que ha de desarrollarse el proceso, a la intervención facultativa de profesionales del derecho, a los términos y plazos que han de observarse durante su tramitación y al modo en que han de hacerse las notificaciones.

**17.** *Por lo que hace a la primera de ellas* ha de apuntarse que el proceso europeo de escasa cuantía ha de desarrollarse en la lengua oficial del Estado en que se inicie, o, si hay varias, en cualquiera de ellas, lo que no obsta a que, cuando se solicite la ejecución de una sentencia, pueda presentarse el certificado a que se refiere el art. 20.2 del Reglamento en otra lengua que el Estado miembro de ejecución haya indicado como aceptable (art. 25 del RPEEC).

Es evidente que la existencia de distintos idiomas en el territorio de la Unión Europea puede constituir un obstáculo para la agilidad del proceso y puede incrementar sus costes si es necesario realizar alguna traducción. Para solventar dichos inconvenientes, el RPEEC contiene dos previsiones.

De un lado, que el órgano jurisdiccional podrá exigir que se traduzcan los documentos que estén redactados en una lengua distinta a la que se emplee en el proceso solo «*en la medida en que se necesite para dictar sentencia*» (art. 6.2), lo que plantea el interrogante de cómo podrá alcanzar semejante conclusión si desconoce su contenido, aun cuando parece razonable colegir que esta vendrá determinada por lo que haya apuntado la parte que lo haya aportado, a la que, por tanto, cabe exigir que explique sumariamente qué se dice o expresa en él y por qué conviene tenerlo en cuenta, y la incógnita de a quién cabe exigir dicha traducción, pareciendo razonable entender que deberá aportarla aquel que haya presentado el documento.

De otro, que las partes podrán negarse a admitir un documento si no está redactado en un idioma que entiendan, en «*la lengua oficial del Estado miembro requerido, o (en) la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en que deba efectuarse la notificación o al que deba enviarse el documento si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro*» (art. 6.3), supuesto en el cual el órgano jurisdiccional informará de ello a la parte contraria para que facilite una traducción del mismo.

En el caso de España, el proceso debe desarrollarse íntegramente en castellano, esto es: en la lengua oficial del Estado –que todos los españoles tenemos el deber de conocer y el derecho a usar (art. 3.1 de la Constitución española)–, por más que existan otras cuatro lenguas cooficiales en diferentes territorios del mismo. Así lo corrobora el hecho de que los cuatro formularios previstos por este proceso solo estén disponibles, por lo que hace a nuestro país, en lengua española<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Véase a este respecto la STEDH, Sección 2ª, de 8 de noviembre de 2016 (TEDH 2016/100), caso Põnkä contra Estonia, en la que se dispone que, habiéndose solicitado la celebración de una vista en un proceso europeo de escasa cuantía, si esta se rechaza, el tribunal tiene la obligación de proporcionar razones por escrito para dicha negativa. El tribunal de Estrasburgo rechazó la alegación de que el demandante no había formulado objeción a dicha decisión, como establece el derecho interno estonio, cuya utilidad no llega a comprender, ya que anteriormente había solicitado expresamente la celebración de una audiencia oral para poder dar su testimonio y el de dos testigos, proporcionando sus razones para dicha petición. Con fundamento en lo anterior, por cinco votos a dos, declaró que, en el caso examinado, había habido violación del artículo 6.1 del Convenio de Roma. La resolución puede consultarse en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-168375>

<sup>13</sup> Sobre el uso de formularios estandarizados, véase G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Los formularios y el proceso de legalidad», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso* (obra dirigida por Juan Francisco Herrero Perezagua y Javier López Sánchez), Ed. Atelier, Barcelona, 2020, págs. 87-102.

<sup>14</sup> Cfr. [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims\\_forms-177-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims_forms-177-es.do)

Ello no implica, sin embargo, que no puedan presentarse documentos redactados en euskera, catalán, gallego o valenciano. En absoluto. Pueden presentarse. Pero conviene tener en cuenta, como antes se apuntó, que, si se presenta algún documento redactado en alguno de dichos idiomas, el tribunal podrá exigir su traducción y la parte contraria negarse a admitirlos, hipótesis en la que el órgano jurisdiccional solicitará su transcripción a quien los haya aportado.

**18.** *En relación con la segunda* debe apuntarse que las partes pueden actuar en él por sí mismas, ya que no se les exige estar representadas por abogado ni por cualquier otro profesional del derecho (art. 10 del RPEEC). Lo que explica la posición activa que se reconoce al letrado de la Administración de Justicia en diferentes momentos del proceso, cuando este se desarrolla en nuestro país, aspecto que posteriormente desarrollaremos, y la necesidad de que el tribunal informe a las partes del significado y contenido de las cuestiones procesales que deban ser atendidas a lo largo del pleito (art. 12.2 del RPEEC).

Esta circunstancia se proclama en el Reglamento de forma objetiva, y por tanto sin conexión alguna con lo que dispongan los ordenamientos nacionales de los países en que resulta aplicable, para aquellos supuestos en los que el valor económico del litigio no sea superior a 5.000€. Lo que da lugar a una situación ciertamente singular en nuestro país, en el que, como es sabido, los litigantes pueden comparecer por sí mismos cuando el proceso se tramita por razón de la cuantía y esta no excede de 2.000€, pero no en los restantes casos, en los que deben hacerlo defendidos por letrado y representados por procurador (cfr. los arts. 23 y 31 de la LECiv). Bien entendido, ello supone que, así como en los procesos que se sigan en nuestro país con arreglo a nuestro derecho interno, es preciso contratar los servicios de dichos profesionales cuando el valor económico de los mismos sobrepasa los 2.000€, en los que sigan en nuestro territorio conforme a los cauces del proceso europeo de escasa cuantía solo es preciso hacerlo si dicho valor económico excede de 5.000€. Y, por tanto, que se establece un distinto régimen de postulación procesal en función de que el asunto sea o no transfronterizo y se siga un proceso regulado en nuestro derecho nacional o el previsto en el RPEEC.

Ello suscita, qué duda cabe, el interrogante de si los legisladores nacionales deberían revisar el criterio establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, incrementando los límites económicos a partir de los cuales resulta necesario contratar los servicios de abogado y procurador, cuestión ciertamente compleja, habida cuenta los intereses en juego y el hecho cierto de que la mayor o menor dificultad de los litigios no viene determinada por la cuantía económica de estos, sino por la cuestión que se debate ante la jurisdicción<sup>15</sup>.

Dicho esto, conviene subrayar de inmediato que el hecho de que, en algunos casos, las partes no precisen actuar representadas por procurador y defendidas por letrado no significa que no puedan contratar sus servicios. En modo alguno. Al contrario, en muchos supuestos será conveniente que lo hagan, habida cuenta la complejidad que puede revestir el asunto, el desconocimiento de los términos y trámites jurídicos y la dificultad que entraña la técnica litigiosa.

Cuestión distinta, pero íntimamente relacionada con la anterior, es la de si el litigante que contrate los servicios de dichos profesionales cuando se siga un proceso europeo de escasa cuantía en aquellos casos en que no resulta preceptiva su intervención, puede incluir los honorarios de estos -o parte de los mismos- en las costas que ha de satisfacer la contraparte en aquellos casos en que gane el pleito. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 16 del RPEEC, puede hacerlo si su importe es proporcional al valor de la demanda o fue necesario realizarlos<sup>16</sup>, lo que genera la duda de cuándo puede entenderse que son

---

Con anterioridad, así se indicaba en el documento titulado «Información comunicada por los Estados miembros de conformidad con el artículo 25 del Reglamento (CE) nº 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» que se encontraba disponible en: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/pdf/vers\\_consolidade\\_es\\_861.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/vers_consolidade_es_861.pdf).

<sup>15</sup> Con todo, repárese en que ello ya se prevé en otras leyes. Por ejemplo, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuyo artículo 62.4, a propósito de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, dispone: «No será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros, siendo necesaria su actuación en otro caso».

<sup>16</sup> Artículo 16 del RPEEC: «La parte perdedora soportará las costas del proceso. No obstante, el órgano jurisdiccional no

adecuados al valor del litigio o fue necesario realizar dicho gasto, cuestiones que no esclarece y pueden ser fuente de no pocos problemas, habida cuenta la posibilidad de que existan criterios dispares en este punto cuando se proceda a tasar las costas.

Restan por analizar tres cuestiones relevantes en aquellos casos en que se siga en España un proceso europeo de escasa cuantía.

En primer término, si quienes se enfrenten en él pueden solicitar que se les reconozca el derecho a litigar gratuitamente y, en caso afirmativo, si tienen derecho a que se les designe defensa y representación gratuitas por abogado y procurador. Si nos atenemos a lo que dispone nuestra Ley de asistencia jurídica gratuita, parece claro que, quienes cumplan los requisitos objetivos y subjetivos señalados en dicha norma (*vide* sus arts. 2 a 5), tienen derecho a que se les concedan las prestaciones inherentes al derecho de asistencia jurídica gratuita y, por tanto, a que se les designe abogado y procurador, aunque su intervención no sea preceptiva, cuando esta «*sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso*» (art. 6.3). Lo que permite concluir que, si bien como regla general el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita no comprende la defensa y representación gratuitas cuando la intervención de abogado y procurador no es preceptiva, como excepción, cuando el tribunal expresamente la requiera para garantizar la igualdad de las partes, sí lo hará. La posibilidad, por tanto, existe. Aun cuando a tenor de lo dicho será sumamente difícil que llegue a concretarse, a no ser -claro está- que se entienda que aquella es necesaria siempre que la contraparte comparezca defendida, y en su caso representada, por profesionales jurídicos.

En segundo lugar, si resulta necesario contratar los servicios de abogado y procurador para recurrir la sentencia de primera instancia, en aquellos casos en que sea posible impugnarla. El RPEEC no contiene ninguna previsión al respecto. Por lo que, de acuerdo con lo que apuntamos anteriormente, ha de estarse a lo que disponga cada legislación nacional. En el caso concreto de España, al requerirse la intervención de dichos profesionales siempre y en todo caso en segunda instancia (*vid.* los artículos 23, 31 y 455.1 de la LECiv), parece claro que será necesario hacerlo para recurrir en apelación la que se haya dictado en primer grado.

Y, finalmente, si se precisa abogado y procurador en el proceso de ejecución, cuestión sobre la que tampoco se dice nada en el Reglamento y en la que, por tanto, se ha de estar a lo que disponga cada legislación nacional, señalándose en la nuestra que tanto el ejecutante como el ejecutado deben actuar dirigidos por letrado y representados por procurador, «*salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales*» (art. 539.1 de la LECiv), hipótesis en las que no es necesario contratar sus servicios. De donde se deduce que, no siendo precisa la intervención de los mismos en el proceso europeo de escasa cuantía cuando el valor económico del pleito no exceda de 5.000€, tampoco lo es para la ejecución de la sentencia que en estos casos le haya puesto fin.

**19.** *Por lo que hace a la tercera* debe significarse que las actuaciones procesales deben realizarse en los plazos y términos que señala el RPEEC, el cual, si bien regula con carácter general el lapso de tiempo en que ha de tener lugar una determinada actividad<sup>17</sup>, en algunos casos permite que sean los órganos jurisdiccionales los que lo fijen (*cfr.* el art. 4.4 del RPEEC), autorizándoles asimismo a que puedan prorrogar determinados plazos cuando concurran circunstancias excepcionales que así lo aconsejen, a fin de garantizar los derechos de las partes (*vide* lo dispuesto al respecto en el art. 14 del RPEEC).

Se trata, sin duda, de una posibilidad que, en su caso, deberá utilizarse con prudencia y mesura, a fin de no violentar la necesaria imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, materia en la cual «hasta las apariencias importan», lo que ha permitido concluir al Tribunal de Estrasburgo que «para decidir

---

*condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda*» (el subrayado es nuestro).

<sup>17</sup> De acuerdo con lo previsto en su Considerando 24, a efectos del cálculo de los plazos dispuesto en dicho Reglamento ha de estarse a lo previsto en el Reglamento 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, aclarando la disposición final vigésima cuarta de nuestra LECiv, en su apartado 1, que en dicho cómputo no se excluyen los días inhábiles, lo que tiene especial transcendencia, habida cuenta la excepción que supone en relación con la regla general que impera en nuestro país en este punto.

sobre la existencia, en un caso concreto, de una razón legítima para temer de un tribunal una falta de imparcialidad, se ha de tener en cuenta el punto de vista del interesado aunque no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si sus aprensiones pueden considerarse objetivamente justificadas (Sentencias Ferrantelli y Santangelo contra Italia, ap. 58, 7 agosto 1996, Repertorio 1996-III y Wettstein contra Suiza, núm. 33958/1996, ap. 44, TEDH 2000-XII)»<sup>18</sup>.

**20.** Por último, en relación con el modo en que han de hacerse las notificaciones en este proceso, es evidente que estas han de practicarse de forma que no se produzcan demoras ni retrasos, razón por la cual el art. 13.1 del RPEEC establece que, como regla general, los documentos se notificarán por correo con acuse de recibo donde conste la fecha de recepción y que, cuando no sea posible hacerlo así, la notificación podrá realizarse por cualquiera de los procedimientos establecidos en los artículos 13 o 14 del Reglamento (CE) núm. 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que contemplan sistemas de comunicación que no exigen la entrega personal al destinatario.

#### IV. Procedimiento

**21.** Como antes se apuntó, el proceso europeo de escasa cuantía se inicia y tramita en la forma prevista en el Reglamento (CE) núm. 861/2007, norma que ha optado por un sistema de formularios estandarizados<sup>19</sup> con el doble propósito de facilitar su tramitación<sup>20</sup>, especialmente si quien opta por este proceso no está asistido por abogado<sup>21</sup>, y de mitigar en lo posible las dificultades derivadas de la existencia de diversos idiomas en la Unión Europea y la confusión e indudable indefensión que una mala traducción de los términos jurídicos podría causar a los litigantes.

##### A) Demanda

**22.** El proceso principia por demanda. Y, aunque el RPEEC prevé el uso de unos formularios estandarizados con el propósito de favorecer el acceso a la justicia, ha de entenderse que ello es solo una posibilidad que se ofrece al actor, no una exigencia. Por lo que este podrá optar por hacer uso de los mismos o por presentar una demanda conforme a los cánones usuales, en la que deberán referirse, eso sí, cuando menos, todos los extremos que se refieren en el formulario estándar de demanda que se incluye como anexo I en el Reglamento.

Es cierto que ello no se prevé en el Reglamento, que en todo momento se refiere a la utilización de formularios, y que tal circunstancia puede ofrecer dudas sobre lo que acaba de apuntarse. Sin embargo, el que el demandado pueda responder a la demanda sin hacer uso del formulario de contestación (art. 5.3 del mismo, *in fine*) justifica que el actor pueda formular su pretensión sin hacer uso necesariamente del formulario estándar de demanda por razones evidentes de igualdad. Lo importante no es, por tanto, que las alegaciones consten o no en un impreso con espacios en blanco que se ofrece a las partes, sino

<sup>18</sup> STEDH de 6 de enero de 2010 (TEDH 2010/3), asunto Vera Fernández-Huidobro contra España. También resulta interesante a este respecto la STEDH de 6 de noviembre de 2018, en el caso Otegi Mondragón y otros contra España.

<sup>19</sup> A tal fin, pone a disposición de los particulares un listado de cuestiones que han de abordar si desean que su petición sea admisible, acompañado de algunas observaciones explicativas de cada una de ellas.

<sup>20</sup> El legislador suele equiparar procesos de escasa cuantía con asuntos sencillos y poco complejos, correspondencia inexacta, y por tanto incorrecta, ya que la realidad pone de manifiesto que existen asuntos de reducida entidad económica que encierran cuestiones fácticas y/o jurídicas especialmente complejas y complicadas. De ahí que dicha identificación implique un gran desconocimiento del quehacer diario en nuestros tribunales y de lo que es el derecho.

<sup>21</sup> En efecto, el proceso europeo de escasa cuantía está concebido como un proceso sin abogados, lo que supone una opción por una «justicia de ciudadanos», sin intermediarios, en feliz expresión de F. GASCÓN INCHAUSTI, «Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: El proceso europeo de escasa cuantía», en *Ius et Praxis*, año 14, núm. 1, págs. 167-197.

que estas hagan constar en sus escritos determinados datos que se consideran necesarios e imprescindibles. Cumplido este requisito, que lo hagan o no en esos impresos resulta intrascendente.

23. En la demanda, se haga uso o no del «formulario estándar de demanda A, tal como figura en el anexo I»<sup>22</sup>, que ha de incluir una descripción de los elementos probatorios en que se fundamenta e ir acompañada «cuando proceda, de todo documento justificativo pertinente» (art. 4.1 del RPEEC), deben referirse los siguientes extremos:

- a) El tribunal ante el que se presenta<sup>23</sup>, señalando a tal fin su denominación y localización postal (calle y número o apartado de correos; ciudad y código postal; y país).
- b) Los datos que permitan identificar y localizar a las partes (necesariamente: nombre y apellidos o razón o denominación social; calle y número o apartado de correos donde puede localizarse; ciudad y código postal; y país. Con carácter facultativo, y por tanto no preceptivo: número de teléfono; dirección de correo electrónico; identificación, en su caso, del representante del actor y/o del demandado, e información de contacto; y otros datos útiles para su reconocimiento, como, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, su fecha y lugar de nacimiento; empleo, profesión o cargo; y número de documento nacional de identidad o de identificación fiscal).
- c) Las reglas conforme a las que se ha determinado la competencia.

El Reglamento no contiene disposición alguna referida a la competencia de los órganos jurisdiccionales, limitándose a señalar que, como muy tarde, el 1 de enero de 2008 los Estados miembros de la Unión que lo suscribieron (esto es, todos, menos Dinamarca) debían informar a la Comisión sobre los órganos competentes para dictar resoluciones en el proceso de escasa cuantía, así como, entre otros extremos, sobre si su derecho procesal contemplaba la posibilidad de recurrir la decisión que le pusiera fin (vid. su art. 24).

Posteriormente, España aprobó la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, por la que se añadió una nueva disposición final a la LECiv, la vigésima cuarta, titulada «Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía», en la que se da respuesta a dicho interrogante, al señalar que la competencia objetiva corresponde a los juzgados de primera instancia o de lo mercantil, en función de cuál sea el objeto de la reclamación<sup>24</sup>, y que la competencia territorial se determinará conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>25</sup>, y, en lo no previsto, con arreglo a la legislación procesal española, es decir, de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 50 y siguientes de la LECiv.

<sup>22</sup> Deben existir formularios de demanda en todos los órganos jurisdiccionales ante los que pueda incoarse este proceso (art. 4.5 del RPEEC).

<sup>23</sup> La determinación de cuál es el órgano jurisdiccional competente no es asunto fácil ni siquiera para quien está versado en derecho, por lo que menos aún lo es para el neófito o lego en esta ciencia. De ahí que el formulario de demanda que se pone a disposición de quien desee hacer uso del mismo ofrezca un listado –no exhaustivo– de posibles criterios que, de acuerdo con el Reglamento núm. 44/2001, permiten fundar la llamada competencia internacional (domicilio del demandado; domicilio del consumidor; domicilio del titular de la póliza, el asegurado o el beneficiario en asuntos de seguros; lugar de cumplimiento de la obligación reclamada; lugar del daño; elección del tribunal acordada de común consenso por las partes), remitiendo al sitio Internet del Atlas Judicial Europeo para más información sobre las normas de atribución de competencia y a otra página de Internet para una mejor comprensión de los términos jurídicos utilizados.

<sup>24</sup> Dicha información también consta en [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=1#a\\_111](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=1#a_111)

<sup>25</sup> Con posterioridad se aprobó el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que, con carácter general, entró en vigor el 10 de enero de 2015.

Con el propósito de favorecer el conocimiento de lo anterior a quienes carezcan de los necesarios conocimientos jurídicos y no deseen contratar los servicios de un abogado o experto en leyes, se facilita información sobre el proceso europeo de escasa cuantía y los tribunales ante los que puede presentarse la demanda en [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=1#a\\_111](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=1#a_111).

- d) La justificación de que se trata de un asunto transfronterizo, requisito esencial para que pueda seguirse este proceso, entendiéndose que lo es –tal y como apuntamos líneas atrás– todo aquel en el que, al menos una de las partes, está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del pleito.
- e) Información del modo en que se piensa abonar la tasa judicial, en aquellos países en los que se requiera, admitiéndose su pago mediante tarjeta de crédito, cobro directo en una cuenta corriente del actor, transferencia bancaria u otro medio que éste especifique, siendo preciso que, en los dos primeros casos, se consignen los datos de la tarjeta de crédito o de la cuenta corriente en un apéndice del formulario que, a fin de preservar dicha información, está destinado exclusivamente al órgano jurisdiccional y no se transmitirá al demandado. En España, según la información proporcionada por el Gobierno a la Comisión Europea<sup>26</sup>, el proceso europeo de escasa cuantía no se encuentra incluido entre los procesos sujetos a tasa judicial.
- f) El objeto sobre el que versa el litigio. A tal fin, resulta preciso especificar si se reclama o no una suma dineraria: en el primer caso, la moneda en que se desea el pago de lo solicitado; en el segundo, el valor estimado de la demanda, especificando la moneda en la que se cuantifica, y si se presenta «una demanda secundaria de indemnización para el caso de que no pueda darse curso favorable a la demanda original»; si se pide la condena en costas de la contraparte y, en caso afirmativo, qué costas se exigen y la cantidad requerida o gastada hasta la fecha; y si se reclaman o no intereses, significando en caso afirmativo si se trata de intereses legales o contractuales y, en ambos casos, la fecha a partir de la cual, a juicio del reclamante, deben computarse.
- g) Los motivos por los que se demanda, especificando por ejemplo lo que ocurrió y el lugar y fecha en que sucedió, y los medios de prueba que se proponen para acreditar lo que se reclama, indicando los puntos de aquella a que vienen referidos, pudiendo solicitarse en este momento que se celebre una vista oral con presencia de todas las partes para centrar los términos de la controversia que las enfrenta, supuesto en el cual pueden especificarse las razones que, a juicio del actor, la hacen aconsejable o conveniente.
- h) Si se interesa que el tribunal que conozca del asunto expida un certificado de la sentencia que se dicte al objeto de que pueda ejecutarse en otro Estado miembro de la Unión al que afecte lo dispuesto en el Reglamento.
- i) La solicitud de que se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto; la declaración de que la información facilitada es correcta por lo que le consta al actor y se presenta de buena fe; el lugar donde se ha redactado la demanda (lo cual es intrascendente, porque lo significativo es dónde se presenta), la fecha en que se ha concluido (aun cuando la misma es irrelevante, toda vez que la que realmente importa es la del día en que se presenta); y el nombre, apellidos y firma de quien la suscribe.

**24.** Dicho escrito, que ha de estar redactado en alguna de las lenguas a que antes se hizo referencia, debe presentarse «*directamente ante el órgano jurisdiccional competente o enviándolo por correo postal o por cualquier otro medio de comunicación (fax, correo electrónico, etc.) admitido por el Estado miembro en el que se inicie el proceso*» (art. 4.1 del RPEEC)<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Vide [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=1#a\\_111](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=1#a_111)

<sup>27</sup> Para que este último dato –el de aquellos otros medios de comunicación a través de los cuales es posible presentar la demanda– sea conocido por todos, el art. 4.1 del RPEEC obliga a los Estados afectados por dicha norma a informar a la Comisión de cuáles son los que considera admisibles, a fin de que ésta lo haga público para general conocimiento de los interesados.

## B) Examen de la demanda y, en su caso, admisión a trámite

25. Presentada la demanda, debe examinarse si el tribunal al que se ha dirigido tiene jurisdicción y competencia para conocer; si su objeto está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento; si resulta fundada y admisible; y, por último, si la información proporcionada por el actor es suficiente y el formulario, en su caso, está bien cumplimentado.

26. En nuestro país, el primer examen para determinar si una demanda es o no admisible lo llevan a cabo los letrados de la Administración de Justicia.

Por tal razón, son ellos los encargados de verificar inicialmente si se cumplen los referidos presupuestos.

Si el letrado de la Administración de Justicia competente para ello considera que dichos presupuestos han sido debidamente observados, admitirá a trámite la demanda mediante decreto (*vide* la disposición final vigésima cuarta de la LECiv, apartado 3).

Si por el contrario considera que no es así, adoptará diferentes decisiones, en función del vicio que entienda que se ha producido.

1. Si considera que la demanda se ha presentado ante un tribunal carente de jurisdicción y/o competencia, dará cuenta a este de dicha circunstancia para que, tras el pertinente examen, se pronuncie sobre esta cuestión.
2. Si entiende que el objeto sobre el que versa la demanda no está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, informará al actor de su parecer para que, si lo tiene a bien, desista de ella en el plazo que le conceda al efecto, acordando en caso contrario que se tramite por los cauces del proceso declarativo que corresponda<sup>28</sup>.  
Si se piensa con detenimiento, y, por tanto, con método y orden, enseguida se cae en la cuenta de que esta última decisión no debería ser adoptada por los letrados de la Administración de Justicia sino por los tribunales a los que, en cada caso, se haya dirigido la demanda.  
De un lado, porque es tan relevante que no parece razonable que sea adoptada por persona distinta a quien está llamada a pronunciarse sobre lo pretendido por el actor, por más que los letrados de la Administración de Justicia sean quienes ostentan la jefatura de la oficina judicial (art. 440 de la LOPJ).  
De otro, porque, iniciada ya la causa, es el tribunal el que debe decidir sobre esta cuestión cuando es el demandado el que alega la inadecuación de procedimiento (cfr. el art. 416.1 de la LECiv). Por lo que parece razonable que también sea él quien lo haga en este momento.  
Ello no implica ninguna descortesía hacia los letrados de la Administración de Justicia, que integran un cuerpo de funcionarios altamente cualificados que merecen todo nuestro reconocimiento y respeto. En absoluto. Supone destacar que la tarea de juzgar y hacer cumplir lo juzgado se desarrolla a lo largo de todo el proceso, no solo en la sentencia, y que, siendo así, todo enjuiciamiento con transcendencia procesal para las partes debe realizarse por quienes tienen atribuida la potestad y función jurisdiccional, no por otros.
3. Si, estima que la demanda carece manifiestamente de fundamento o es inadmisibile, dará traslado de la misma al tribunal para que este adopte la decisión que considere más acorde a derecho. Si el tribunal confirma su criterio, de conformidad con lo indicado en el artículo 4.4,

---

A este respecto, España ha indicado que «Además de la presentación directa ante el Juzgado competente, y la presentación a través de correo postal los tribunales españoles también admiten la presentación de las demandas a través de las sedes judiciales electrónicas de las Administraciones competentes en materia de Administración de Justicia» (cfr. [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=1#a\\_111](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=1#a_111)).

<sup>28</sup> Pese a ello, en el caso analizado en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 3 de marzo de 2020 (ECLI:ES:JMV:2020:20A), Pte. Sr. Vilata Menadas, se acuerda inadmitir la demanda por no ser el asunto transfronterizo (según indicó el actor en su demanda, tanto este como la compañía aérea demandada tienen su domicilio en España) y, en consecuencia, no poder tramitarse la causa por los trámites del proceso europeo de escasa cuantía.

II del Reglamento<sup>29</sup>, la desestimaré, decisión que, en su caso, adoptará mediante auto, que, al ser definitivo, podrá ser recurrido en apelación (art. 455.1 de la LECiv).

El Reglamento plantea aquí una cuestión de difícil encaje en nuestro ordenamiento.

De un lado, porque resulta difícil imaginar supuestos en los que desde el inicio sea posible advertir que la demanda carece claramente de fundamento, conclusión que conlleva un enjuiciamiento sobre el fondo de la cuestión que, en nuestro sistema de justicia, de ordinario, no puede hacerse *in limite litis*.

De otro, porque, en su caso, de aceptarse que dicho enjuiciamiento puede realizarse tras la lectura de la demanda, la conclusión más lógica, sensata y ponderada, desde cualquier punto de vista, también el jurídico, sería inadmitirle a trámite, a fin de que el infractor pudiera en su caso subsanar la falta cometida, no desestimarla, lo que implica una decisión de fondo que inhabilita –como es sabido– para suscitar de nuevo la cuestión ante la jurisdicción<sup>30</sup>. La versión francesa del documento –recuérdese que los dos idiomas oficiales de la Unión Europea son el francés y el inglés–, al indicar que, en este supuesto, «*la demande est rejetée*» (art. 4.4 del Reglamento), expresión que puede ser traducida en el sentido de que no será admitida, confirma nuestra conclusión.

En relación con lo anterior también debe tenerse en cuenta que el Considerando 13 del Reglamento dispone que los conceptos «manifestamente infundada» e «inadmisibles» deben determinarse de acuerdo con la legislación nacional del Estado de que se trate, lo que implica tener en cuenta tanto su normativa sustantiva como procesal y que nuestra regulación procesal civil sólo niega que exista accionabilidad, esto es: posibilidad de reclamar con éxito la tutela jurisdiccional que se solicita, en supuestos muy excepcionales como el previsto en el artículo 42 del Código Civil, por lo que la regla general es exactamente la contraria.

4. Si valora que la información proporcionada por el actor no es pertinente, suficientemente clara o que, en su caso, la demanda no ha sido debidamente cumplimentada, utilizando el formulario estándar B que figura en el anexo II del Reglamento, solicitará al actor que la complete o rectifique, que le facilite la información que considere necesaria o, en su caso, que la retire. Si subsana los errores detectados, admitirá a trámite la demanda. Si no lo hace, dará traslado al tribunal para que este decida si procede desestimar la demanda.

La posibilidad de que se pueda solicitar información adicional a la proporcionada inicialmente se explica por el deseo del legislador europeo de facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos de la Unión sin necesidad de que contraten los servicios de letrados u otros profesionales jurídicos. Si la intervención de estos no es preceptiva, la única forma de suplir los errores que puedan cometer los legos en derecho es que una autoridad estatal supervise su reclamo y le señale, en su caso, en qué punto debe ser completado. En consecuencia, desde este punto de vista, no hay nada que objetar.

Sin duda, dicha eventualidad suscita dudas desde la perspectiva de los principios que rigen los procesos en el orden civil, en los que son las partes a las que corresponde alegar los hechos y proponer los medios de prueba con los que pretenden acreditar las afirmaciones que hayan realizado sobre aquellos, sin ayuda o colaboración del órgano llamado a resolver sus pretensiones. Pero, siendo ello verdad, no puede dejar de tenerse en cuenta que el proceso

---

<sup>29</sup> Véase la versión que se refiere en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0861&from=ES>.

<sup>30</sup> En igual sentido: Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona de 15 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:JMB:2020:149A), Pte. Sra. Martínez Orejas. En el supuesto analizado en dicha resolución, el letrado de la Administración de Justicia «observó el defecto formal consistente en presentar la demanda de forma telemática e indicar y acreditar la competencia territorial de este juzgado y, conforme al principio de subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de las partes recogido en el art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), concedió a la parte demandante el plazo de CINCO días para que lo subsanara; bajo apercibimiento, en caso de no verificarlo, de poder acordar el archivo de las actuaciones», sin que esta lo hiciese, razón por la cual se dio traslado a la titular de dicho Juzgado, que acordó inadmitir a trámite la demanda, anunciando en su resolución que contra la misma podía interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, conforme a lo previsto en el art. 455 de la LECiv.

europeo de escasa cuantía nació con el propósito confeso de facilitar el acceso a la justicia y fijar normas comunes en todos los países de la Unión Europea para acreedores y deudores y que dicho fin se consideró aceptable por nuestro país al rubricar su regulación, por más que existan cuestiones que puedan resultar discutibles.

Por lo demás, cabe reproducir aquí la crítica antes referida en relación con la consecuencia que se anuda a que no se cumplan los requerimientos efectuados por el letrado de la Administración de Justicia: la desestimación de la demanda sería injusta y desproporcionada y no se compadece con la pretendida por el legislador europeo, tal y como se ha expuesto anteriormente.

### C) Traslado de la demanda al demandado

27. Admitida a trámite la demanda, y dentro de los catorce días siguientes a aquel en que se haya recepcionado, el letrado de la de Administración de Justicia debe enviar al demandado una copia de la misma, de los documentos que, en su caso, se hayan adjuntado a ella y del formulario de contestación, en el que habrá debido cumplimentar *«la parte I del formulario estándar de contestación C, tal como figura en el anexo III»* (art. 5.2 del RPEEC).

### D) Posibles conductas del demandado frente a la demanda

28. Una vez que el demandado tiene oficialmente constancia de que se ha interpuesto frente a él una demanda que se tramita por los cauces del proceso europeo de escasa cuantía dispone de treinta días para contestarla.

En realidad, tiene diversas opciones.

En primer lugar, puede no comparecer en las actuaciones.

En segundo término, puede comparecer en ellas y no contestar a la demanda, supuesto posible aunque poco frecuente en la práctica<sup>31</sup>.

Finalmente, puede comparecer en el proceso y contestar a la demanda, hipótesis en la cual puede allanarse a ella, total o parcialmente, oponerse a la misma *–«bien cumplimentando la parte II del formulario estándar de contestación C, acompañada, en su caso, de los documentos justificativos pertinentes, y devolviéndola al órgano jurisdiccional, o bien por cualquier otro medio adecuado, sin hacer uso del formulario de contestación»* (art. 5.3 del RPEEC)– e incluso formular reconvencción *«mediante el formulario estándar A y los documentos justificativos pertinentes»* (art. 5.5 del RPEEC). Todo ello, como se ha dicho, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le hayan notificado los formularios de demanda y de contestación a la misma.

29. Si decide contestar a la demanda, en su escrito debe pronunciarse sobre distintos extremos.

En primer lugar, ha de manifestar si se allana o no a la demanda y, en su caso, si lo hace total o parcialmente, indicando, si no lo hiciera, los motivos por los que no accede a lo requerido por el actor, señalándose en el formulario de contestación que dicha negativa puede obedecer a que *«la demanda queda fuera del ámbito de aplicación del proceso de escasa cuantía»* o a otras razones, que, de existir, deben señalarse.

En segundo término, si se opone a lo solicitado por el actor, debe referir los medios probatorios que desea presentar a su favor, señalando a qué puntos de sus alegaciones se refieren, añadiendo, cuando sea conveniente, los documentos justificativos correspondientes.

<sup>31</sup> Al igual que ocurre en el derecho patrio, tanto éste como el anterior supuesto no implican que el tribunal deba dictar necesariamente sentencia favorable al actor; al contrario, dictará la que considere más fundada en derecho en función de las circunstancias que se le refieran, por lo que perfectamente puede desestimar la demanda oportunamente formulada (como también, por las mismas razones, la reconvencción no contestada).

A continuación, ha de indicar si solicita o no la celebración de una vista oral y, si lo hace, los motivos por los que la cree necesaria; si pide la condena en costas de la parte contraria y, en caso afirmativo, qué tipo de costas solicita y, si es posible, la cantidad reclamada o gastada hasta la fecha; y finalmente si desea formular reconvencción, supuesto en el cual debe cumplimentar y adjuntar «*un formulario A por separado*».

Por último, podrá añadir las alegaciones que estime necesarias, concluyendo el escrito con la declaración de que la información que ha facilitado es correcta, por lo que le consta, y se presenta de buena fe; la fecha en que se redacta; y la firma de quien lo suscribe.

**30.** Presentada la contestación del demandado, y dentro de los catorce días a partir de su recepción, el letrado de la Administración de Justicia enviará una copia al actor junto con los documentos justificativos pertinentes (art. 5.4 del RPEEC).

Si el demandado hubiese alegado en su respuesta que el valor de la demanda supera el límite propio del proceso europeo de escasa cuantía, el tribunal decidirá por auto en un plazo de treinta días tras el envío de la contestación al actor, si la demanda entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento o ha de tramitarse por los cauces de alguno de los procesos declarativos ordinarios que prevé la LECiv, sin que contra su decisión quepa interponer recurso alguno en ese momento, sin perjuicio de que pueda reproducirse la alegación al recurrir en apelación la sentencia que llegue a dictarse (art. 5.5 del RPEEC y disposición final vigésima cuarta, apartado 4, de la LECiv)<sup>32</sup>.

**31.** Si el demandado hubiese formulado reconvencción<sup>33</sup>, se notificará esta al actor en un plazo de catorce días a partir de su recepción, quien dispondrá de un plazo de treinta días para contestarla, a contar desde el que se le haya notificado.

Por cuanto la reconvencción sólo es admisible en relación con el mismo contrato o hecho que fundamenta la demanda inicial (Considerando 16 del RPEEC), parece exigible una cierta conexión entre ésta y la demanda reconvenccional<sup>34</sup>, aun cuando ciertamente no se requiere de modo expreso. Posiblemente porque, a la vista de lo anterior, el legislador comunitario no consideró necesario especificarlo con mayor detalle.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la demanda reconvenccional ha de ser expresa, y, en consecuencia, que no caben reconvencciones implícitas o tácitas, toda vez que debe formularse cumplimentando «*un formulario A por separado*», lo que evita que puedan vulnerarse derechos tan esenciales como los de defensa, audiencia y contradicción.

Asimismo, por disposición del legislador comunitario, no puede superar el límite cuantitativo referido en el artículo 2.1 del Reglamento. Ya que, si lo hiciera, «*la demanda y la reconvencción no se tramitarán con arreglo al proceso europeo de escasa cuantía, sino con arreglo a lo que disponga el Derecho procesal aplicable en el Estado miembro en el que se siga el proceso*» (vide el art. 5.7 del RPEEC)<sup>35</sup>. Es cierto que ello conlleva el riesgo de que se interponga con el único propósito de evitar

<sup>32</sup> Aunque el Reglamento (CE) núm. 861/2007 nada dice al respecto, parece lógico que, antes de tomar una decisión sobre esta cuestión, el órgano jurisdiccional permita al actor formular las alegaciones que tenga por conveniente con relación a la misma en el plazo que a tal efecto se conceda. En cualquier caso, dicha posibilidad parece obligada si el proceso europeo de escasa cuantía se sigue en España por aplicación de lo dispuesto en la disposición final vigésima cuarta, apartado 4, de la LECiv.

<sup>33</sup> En cuyo caso habrá de cumplimentar un formulario de demanda y acompañarlo de los documentos pertinentes (art. 5.6 del RPEEC).

A la reconvencción resulta de aplicación, *mutatis mutandis*, lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 5 –apartados 3,4 y 5– del RPEEC (art. 5.7, II de dicha norma).

<sup>34</sup> Así parece entenderlo también la SAP de Madrid, Sección Octava, de 21 de febrero de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:1842), Pte. Sr. García Paredes.

<sup>35</sup> En el caso concreto de España, ante dicha situación, «*el juez resolverá mediante auto que el asunto se tramite por el procedimiento que corresponda con arreglo a las normas procesales españolas*» (disposición final vigésima cuarta, apartado 4, de la LECiv).

Ajuicio de VALENCIA MIRÓN, el cambio obligado de procedimiento puede generar problemas «porque la tramitación conjunta de la demanda y la reconvencción sólo será posible en función del procedimiento aplicable. Si la reconvencción excede de los 2.000 euros, pero no supera el umbral de los 6.000 euros, y siempre que la materia objeto del procedimiento lo permita, tanto

que el proceso se tramite por los cauces del proceso europeo de escasa cuantía<sup>36</sup>. Pero también lo es que dicha finalidad será en su caso muy difícil de acreditar y que, aunque se consiguiese demostrar, ello no impediría la consecuencia que el legislador anuda a dicha circunstancia<sup>37</sup>.

No obstante, es evidente que el cambio obligado de normativa puede generar problemas. En primer lugar, sin duda entretendrá la resolución de la causa. Y, en segundo término, y por lo que hace a España, puede dar lugar a que sea necesario contratar los servicios de un abogado y un procurador cuando inicialmente no era necesario hacerlo (recuérdese que en el proceso europeo de escasa cuantía la intervención de dichos profesionales no es necesaria y que, en nuestro país, salvo en determinados supuestos, es preceptiva), con el consiguiente coste económico que ello conlleva. Por lo demás, la previsión comunitaria suscita una cuestión que no resuelve: la de qué procede hacer en aquellos supuestos en los que el valor económico de la demanda reconvenicional exceda de 6.000€, es decir, del umbral económico previsto por el legislador español para el juicio verbal (art. 250.2 de la LECiv). En semejante caso parece evidente que, puesto que la reconvenición no puede tramitarse por los cauces de este, el tribunal deberá declarar inadmisibile la reconvenición y la continuación de la causa por los trámites del proceso europeo de escasa cuantía<sup>38</sup>.

Para concluir con esta cuestión debe apuntarse que la alegación de un crédito compensable por parte del demandado, que en nuestro derecho constituye una excepción reconvenicional y, como tal, tiene un régimen procesal propio (cfr. el art. 408 de la LECiv), no tiene porqué constituir necesariamente una demanda reconvenicional en el proceso europeo de escasa cuantía, razón por la cual «*el demandado no está obligado a utilizar el formulario estándar A que figura en el anexo I para invocar este derecho*» (Considerando 17 del RPEEC), lo que supone que puede ser alegada tanto como excepción como por medio de reconvenición<sup>39</sup>.

## E) Actuaciones posteriores y dictado de la sentencia

**32.** Recibida la respuesta del demandado o, en su caso, la contestación del actor a la reconvenición, el tribunal dictará sentencia, si bien, con carácter previo a ello, puede:

- solicitar a las partes información complementaria en relación con la demanda, dentro de un plazo no superior a treinta días;
- ordenar que se proceda a la práctica de la prueba que, habiéndose propuesto debidamente, haya sido admitida<sup>40</sup>;
- o citar a las partes a una vista oral que, en su caso, se celebrará en un plazo de treinta días a partir de la fecha de recepción de la citación y podrá desarrollarse por videoconferencia u otros sistemas de comunicación en la medida en que se disponga de los medios técnicos correspondientes.

---

la demanda como la reconvenición pueden tramitarse por el juicio verbal, pero si la reconvenición excede de 6.000 euros será declarada inadmisibile. En este último caso, el Juzgado que conoce del PEC sobre la base del abuso de derecho cometido por el demandado debe declarar inadmisibile la reconvenición y la continuación del procedimiento conforme al RPEEC» (A. VALENCIA MIRÓN, «El proceso europeo de escasa cuantía», *ob. cit.*, pág. 315).

<sup>36</sup> M<sup>a</sup>. I. GONZÁLEZ CANO, en *El proceso europeo de escasa cuantía*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 82.

<sup>37</sup> PARDO IRANZO considera que, en estos casos, sería más adecuado tramitar ambas demandas por separado: la demanda principal por los cauces del proceso europeo de escasa cuantía, y la demanda reconvenicional por la del proceso declarativo nacional que corresponda (cfr. V. PARDO IRANZO, en *La supresión del exequátur: libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pág. 169).

<sup>38</sup> Coincidimos, por tanto, con la tesis referida por A. VALENCIA MIRÓN, «El proceso europeo de escasa cuantía», *ob. cit.*, pág. 315.

<sup>39</sup> En igual sentido: A. VALENCIA MIRÓN, «El proceso europeo de escasa cuantía», *ob. cit.*, *loc. cit.*

<sup>40</sup> A este respecto debe significarse que el órgano jurisdiccional debe utilizar para la práctica de la prueba el método más sencillo y menos oneroso (Considerando 20 del RPEEC); que dicha práctica puede tener lugar por medio de videoconferencia u otros sistemas de comunicación, en la medida en que se disponga de los medios técnicos correspondientes; y que pueden practicarse los medios de prueba que sean admisibles en derecho y, más en concreto, ya que así lo dispone el propio Reglamento en su art. 9, la prueba de expertos o peritos o las de interrogatorio de partes y testigos, aun cuando sólo en la medida en que se consideren necesarias para dictar sentencia, debiendo tenerse en cuenta el coste que todo ello conlleva a la hora de tomar una decisión al respecto.

Como se indicó anteriormente, dicha vista oral puede ser acordada de oficio o a instancia de alguna de las partes. El primer supuesto normalmente acontecerá cuando el tribunal considere que la documentación que obra en las actuaciones no le permite entender debidamente la cuestión que enfrenta a las partes o que resulta conveniente para aclarar algunos extremos de la contienda. El segundo, cuando a la vista de lo alegado por el proponente en su escrito de alegaciones (recuérdese que, en ellos, las partes deben pronunciarse sobre distintos extremos: entre otros, sobre si consideran necesaria la celebración de una vista y, en caso afirmativo, los motivos por los que, a su entender, resulta pertinente), considere que su celebración puede ayudar a centrar los puntos objetos de debate.

En cualquier caso, la sentencia deberá dictarse en un plazo de treinta días, plazo que empezará a contarse a partir de la fecha en que concluyó el que se concedió previamente para recibir la respuesta del demandado o, en su caso, la contestación del actor a la reconvencción o, en su defecto, para que se remitiese determinada información, se practicase la prueba propuesta y admitida o se celebre la vista oral antedicha.

**33.** La sentencia, sea o no sea impugnada, será ejecutiva sin necesidad de que se constituya ninguna garantía (art. 15.1 del RPEEC).

**34.** En ella, el tribunal se pronunciará sobre las costas del proceso, que, con carácter general, se impondrán a quien pierda el litigio, si bien no se le condenará al pago de costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda (art. 16 del RPEEC), lo cual, habida cuenta su imprecisión, a buen seguro será objeto de numerosas controversias en el momento de su tasación y motivo de no pocas disputas.

## V. Posibles recursos contra la sentencia

**35.** La posibilidad de recurrir la sentencia dictada en este proceso depende de la regulación que sobre esta cuestión prevea el ordenamiento interno del país en que siga el litigio (art. 17 del Reglamento).

**36.** España informó en su momento a la Comisión Europea que aceptaba que pudiese ser recurrida en apelación, la cual debía prepararse ante el tribunal que hubiese dictado la decisión impugnada<sup>41</sup>, «*anunciando la intención de recurrir la sentencia y especificando los pronunciamientos que se impugnan en el plazo de 5 días. Preparado que sea el recurso, el plazo para formalizar e interponer la apelación será de 20 días ante la Audiencia provincial correspondiente*»<sup>42</sup>.

Poco después, sin embargo, el legislador español adoptó diversas medidas que incidían en esta materia, provocando cierta confusión.

Por un lado, aprobó la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, en virtud de la cual se introdujo una nueva disposición final en dicho texto legislativo, la vigésima cuarta, en cuyo apartado 2 se indica que, en lo no regulado por el RPEEC, «*Las cuestiones procesales no previstas en el Reglamento (CE) n.º 861/2007 se regirán por lo previsto en esta Ley para el juicio verbal*».

Por otro, pocos meses después, aprobó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en virtud de la cual suprimió el trámite de preparación de los recursos devolutivos y, en una decisión cuando menos polémica y discutible, reformó la posibilidad de recurrir en apelación las

<sup>41</sup> Según cual haya sido el objeto de la reclamación, dicho tribunal puede ser un Juzgado de Primera Instancia o un Juzgado de lo Mercantil, que son los órganos jurisdiccionales a los que corresponde el conocimiento en primera instancia del proceso europeo de escasa cuantía según la disposición final vigésima cuarta de la LEC de 2000.

<sup>42</sup> Así se indicaba en la «Información comunicada por los Estados miembros de conformidad con al artículo 25 del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía», que se encontraba disponible en su día en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/pdf/vers\\_consolidade\\_es\\_861.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/vers_consolidade_es_861.pdf).

sentencias dictadas en primera instancia, disponiendo que todas ellas podían impugnarse ante un tribunal superior, salvo las dictadas «*en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros*» (art. 455 de la LECiv). Lo que suscitó la duda de si con ello se impedía que pudiesen recurrirse en apelación las sentencias dictadas por un tribunal español al resolver un proceso europeo de escasa cuantía, que, en aquellos momentos, recuérdese, permitía decidir reclamaciones de hasta 2.000€, interrogante que, en su día, respondimos negativamente<sup>43</sup>.

**37.** Años después, el 16 de diciembre de 2015, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el Reglamento (UE) 2015/2421, en el que se elevó la cuantía que puede reclamarse a través de este proceso a la de 5.000€, lo que planteó un nuevo dilema: el de si, a la vista de todo lo antedicho, solo podían apelarse las sentencias dictadas en un proceso europeo de escasa cuantía cuando el valor económico del litigio, siendo superior a 3.000€, no excediere de 5.000€.

**38.** Si se piensa con detenimiento, enseguida se reparará que la cuestión es ciertamente discutible. Ya que, frente a quienes consideran que la misma ha de responderse afirmativamente, puede argumentarse la literalidad del propio art. 455.1 de la LECiv, precepto, que, tras significar una regla general: la de que las sentencias dictadas en toda clase de juicios –así como los autos definitivos y aquellos que expresamente señale la ley– son apelables, señala una única excepción referida a las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía –que no por razón de la materia objeto del pleito– cuando ésta no supere los 3.000 euros. Los términos de la misma son claros y no admiten duda: sólo son irrecorribles las sentencias dictadas en aquellos juicios verbales que, habiéndose seguido en atención al valor del litigio, no superen la suma de 3.000 euros. Y si toda excepción es, por definición, una regla que se aparta de una condición general, es evidente que ha de interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, que no puede –no debe– aplicarse a más supuestos de los expresamente previstos.

**39.** Por lo demás, esta solución, que es la que nos parece más razonable, parece asimismo la más adecuada. Al menos, por dos razones. En primer lugar, porque fija un mismo régimen de recursos, sea cual sea el valor económico del litigio, con la consiguiente seguridad jurídica que ello conlleva. Y, en segundo término, porque, como acabamos de señalar, lo que, en rigor, establece el art. 455.1 de la LECiv no es que en los juicios verbales no quepa recurrir ninguna sentencia cuando la cuantía del litigio no exceda de 3.000€, sino que no cabe hacerlo cuando se haya seguido dicho proceso declarativo por razón de la cuantía y esta no rebase dicho umbral, que es cosa distinta. Lo que, bien entendido, permite recurrir en apelación las sentencias dictadas en aquellos juicios verbales que se hayan seguido por razón de la materia, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que, por decisión legislativa, en todo lo no regulado por el RPEEC, ha de estarse a lo previsto en la LECiv para el juicio verbal, sin que se refiera ninguna restricción a la regla general que ella misma dispone en orden a la impugnación de las sentencias dictadas en los juicios que se sigan por sus trámites.

**40.** Sin embargo, no es esta la conclusión por la que se ha decantado nuestro Gobierno, que, según se indica en la página web oficial de la Unión Europea<sup>44</sup>, en su día indicó a la Comisión de la Unión Europea que:

*«No cabe recurso ordinario de apelación en los procesos de escasa cuantía en reclamaciones inferiores a 3.000 euros.*

*Para reclamaciones entre 3.000 y 5.000 euros es posible interponer recursos de apelación ante el propio tribunal que dictó la resolución que resolverá sobre su admisión y posterior remisión, para su resolución a la Audiencia Provincial. El plazo para interponer el recurso es de 20 días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia».*

<sup>43</sup> J. SIGÜENZA LÓPEZ, «El proceso europeo de escasa cuantía», en *Cuestiones actuales de Derecho Patrimonial desde una perspectiva italo-española* (obra coordinada por Juan Pablo Murga Fernández y Salvador Tomás Tomás), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 295-314.

<sup>44</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?plang=es&removebanner=true](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?plang=es&removebanner=true) (última actualización: 25 de mayo de 2020).

41. Dicha solución no nos parece acertada. Por las razones que acabamos de señalar, que nos parecen sólidas y fundadas, y, además, porque consideramos que no debe limitarse la posibilidad de impugnar una decisión judicial por criterios meramente cuantitativos, extraños por completo a los de la complejidad del caso, lo que supone asumir el presupuesto, a nuestro entender inaceptable, por cuanto que no es cierto, de que los asuntos de poca entidad económica son asuntos de escasa complejidad jurídica.

42. En cualquier caso, cuando sea posible recurrir la sentencia dictada en primera instancia, al notificarse la resolución, deberá indicarse a las partes que puede ser impugnada en apelación, el tribunal ante el que, en su caso, ha de interponerse el recurso, el plazo en que debe hacerse (cfr. art. 248.4 de la LOPJ) y el depósito dinerario que debe consignarse a tal efecto (50 euros, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ).

43. Por cuanto en nuestro sistema procesal no es posible interponer ningún recurso contra la sentencia dictada en primera instancia sin estar asistido de abogado y representado por procurador, se plantea la duda de si dicha prohibición también rige en el proceso europeo de escasa cuantía o en este, como excepción, se permite que pueda hacerlo por sí mismo. El Reglamento nada especifica al respecto, pero el hecho de que no contenga formulario alguno para poder presentar un posible recurso o para oponerse a él y que, en lo no previsto en dicha norma, haya de estarse a lo que disponga nuestro ordenamiento jurídico, abonan la tesis –ya avanzada al comienzo de este estudio– de que es preceptiva la intervención de dichos profesionales jurídicos para formular un recurso de apelación contra dicha sentencia, en los casos en que está permitido.

44. En virtud de este recurso puede pretenderse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otra resolución favorable a quien recurre, tras un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en la LECiv, se practique ante el tribunal de apelación (art. 456.1 de dicho texto legal).

Actualmente, tras la modificación realizada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, a que antes nos referimos, no existe trámite de preparación de este recurso, por lo que directamente debe interponerse ante el tribunal que haya dictado la decisión que se ataca dentro del plazo de veinte días a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiese notificado aquella, de suerte que, al interponer el recurso, el apelante debe exponer las alegaciones en que fundamenta su impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos de los que discrepa (art. 458 de la LECiv).

Si el recurso se presenta dentro del citado plazo, el letrado de la Administración de Justicia adscrito al tribunal que haya conocido del pleito en primera instancia lo tendrá por interpuesto. Si a su juicio no se ha hecho así, lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional para que sea éste el que se pronuncie sobre su admisión, siendo posible recurrir en queja la eventual decisión de inadmitirlo a trámite<sup>45</sup>.

Admitida en su caso la interposición del recurso, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la sentencia en lo que ésta les resulte desfavorable, al que podrán adjuntar los documentos que sean admisibles en ese momento y en el que podrán pedir la práctica de aquellos medios de prueba que, de acuerdo con lo previsto en el art. 450 de la LECiv, puedan solicitarse.

A continuación, se dará traslado de dichos escritos al apelante principal para que, en el plazo de diez días, manifieste lo que tenga por conveniente sobre la admisibilidad de la impugnación y, en su caso, sobre los documentos aportados y las pruebas propuestas por el apelado.

Y posteriormente, transcurrido el citado plazo, y se hayan presentado o no los escritos de oposición o impugnación a que antes se hizo referencia, el letrado de la Administración de Justicia ordenará

---

<sup>45</sup> Contra la decisión de tener por interpuesto el recurso de apelación no cabe impugnación alguna, aun cuando podrá alegarse su inadmisibilidad en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el art. 461 de la LEC de 2000 (art. 458.3 de dicho texto legal).

que se remitan los autos al tribunal competente para resolver la apelación, emplazando a las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días, declarándose desierto el recurso y firme la decisión impugnada si el apelante no comparece dentro del mismo.

Recibidos los autos en dicho tribunal, si se hubiesen aportado documentos o propuesto la práctica de prueba en segunda instancia, éste acordará lo que proceda sobre su admisión, practicándose en su caso en vista oral la que se considere pertinente, pudiéndose también celebrar vista, aunque no se haya propuesto prueba, o toda la propuesta fuera inadmitida, si así lo pide una de las partes o el tribunal la estima necesaria.

En cualquier caso, tenga lugar o no dicha vista oral, el tribunal competente para decidir la apelación resolverá mediante sentencia lo que proceda.

45. Sea como fuere, permítase o no recurso contra la sentencia que dicte el tribunal español que conozca en primer grado del proceso europeo de escasa cuantía, el art. 18 del RPEEC dispone que el demandado tiene derecho a solicitar la revisión de la misma en tres supuestos, siempre y cuando, eso sí, en todos ellos haya actuado con prontitud. En concreto, en los siguientes:

- a) cuando el formulario de demanda o la citación a una vista oral no se hubiere notificado de forma que conste su recepción por el demandado;
- b) cuando la notificación no se hubiese realizado con la suficiente antelación para permitirle preparar su defensa, sin que haya mediado responsabilidad por su parte;
- c) o cuando no haya tenido oportunidad de oponerse a la demanda por causa de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad.

46. Ello significa, por lo que a nuestro derecho hace, que, en función de cuándo tenga conocimiento el demandado de tales circunstancias, deberá alegarlas antes de que recaiga sentencia; en su caso, a través del pertinente recurso (art. 227.1 de la LECiv); y, finalmente, si no cabe hacerlo a través de recurso alguno, mediante el medio de impugnación más adecuado (audiencia al demandado rebelde; solicitud de nulidad de actuaciones; proceso de revisión de sentencia firme, según los casos).

47. Si, tras los trámites pertinentes, el órgano jurisdiccional rechaza la revisión por no considerar aplicables ninguno de los motivos antedichos, la sentencia se considerará firme.

Si por el contrario la considera procedente, la sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía será declarada nula y sin efecto (cfr. art. 18.2 del Reglamento).

## VI. Reconocimiento y ejecución de sentencias en otro Estado de la Unión Europea que haya suscrito el Reglamento comunitario 861/2007

48. Una vez dictada, la sentencia tiene fuerza ejecutiva y, en consecuencia, puede ejecutarse, incluso si es recurrida, sin que su ejecución provisional pueda supeditarse en principio a que se preste garantía alguna<sup>46</sup>.

Además, puede ejecutarse en otro Estado obligado por el RPEEC sin necesidad de declaración de ejecutabilidad y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento: basta con que el tribunal que la haya dictado expida un certificado «*utilizando el formulario estándar D, tal como figura en el anexo IV*» (art. 20.2 del RPEEC) para que pueda instarse su ejecución forzosa.

49. Sentado lo anterior, sin perjuicio de mayores especificaciones, puede apuntarse ahora que la ejecución de la sentencia dictada en un proceso de escasa cuantía se caracteriza por las siguientes notas:

---

<sup>46</sup> Con todo, en caso de recurso, a instancia de parte puede limitarse el procedimiento de ejecución a medidas cautelares; subordinar la ejecución a la constitución de una garantía; o incluso, en circunstancias excepcionales, suspender el citado procedimiento de ejecución (art. 23 del RPEEC).

- a) En primer lugar, porque se rige, al igual que el proceso de declaración, por lo dispuesto en el RPEEC y, con carácter subsidiario, por lo previsto en la legislación del Estado donde deba tener lugar<sup>47</sup>.
- b) En segundo término, porque se encuentra condicionada por las mismas reglas a las que debe ajustarse la ejecución de las sentencias dictadas en el Estado obligado por el RPEEC en que deba desarrollarse<sup>48</sup>.
- c) En tercera instancia, porque solo puede tener lugar a petición de parte, nunca de oficio.
- d) En cuarto lugar, porque la solicitud de que se ejecute la sentencia debe ir acompañada de dos documentos: de una copia de dicha resolución que cumpla las condiciones de autenticidad necesarias; y de una copia del certificado de que la misma se ha dictado en un proceso europeo de escasa cuantía, traducida<sup>49</sup>, cuando proceda, en la lengua oficial del Estado en que deba cumplirse o, si éste tiene varias lenguas oficiales, o hubiere aceptado el uso de alguna de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea para el proceso europeo de escasa cuantía, en cualquiera de ellas.

A este respecto procede apuntar que España ha aceptado expresamente que dicho certificado pueda estar redactado en lengua inglesa. Por lo que puede estar escrito tanto en castellano como en dicho idioma<sup>50</sup>.

- e) En quinto término, porque la competencia para llevarla a cabo en España cuando la resolución se haya dictado en otro país de la Unión Europea corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, que será también el órgano jurisdiccional al que corresponda decidir la denegación de la misma, a instancia de aquél, cuando corresponda, así como pronunciarse sobre *«la limitación de la ejecución, la constitución de garantía o la suspensión del procedimiento de ejecución a que se refieren los artículos 22 y 23 del Reglamento (CE) n° 861/2007»* (disposición final vigésima cuarta, apartado 7, de la LECiv).

Como acaba de señalarse, dicha regla es aplicable cuando la sentencia que haya de ejecutarse en España haya sido dictada por un tribunal de otro país de la Unión Europea.

Cuando haya sido dictada sin embargo por un tribunal nacional, la competencia corresponde a los juzgados de primera instancia, salvo en los supuestos previstos en el artículo 86 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que se atribuye a los juzgados de lo mercantil<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> A este respecto dispone nuestra legislación nacional que *«Los procedimientos de ejecución en España de las sentencias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea que pongan fin a un proceso europeo de escasa cuantía se regirán por lo dispuesto en esta Ley»* y que *«La tramitación de la denegación de la ejecución de la sentencia, así como la limitación de la ejecución, su suspensión o la constitución de garantía, se llevarán a cabo con arreglo a lo dispuesto en los artículo 556 y siguientes de esta Ley, sin que en ningún caso la sentencia pueda ser objeto de revisión en cuanto al fondo, y se resolverán mediante auto no susceptible de recurso»* (disposición final vigésima cuarta, apartado 8, de la LECiv).

<sup>48</sup> Ello supone, por lo que hace a nuestro país, que el proceso de ejecución de un proceso europeo de escasa cuantía podrá acumularse a otro proceso de ejecución pendiente entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado (art. 555 de la LECiv).

<sup>49</sup> En su caso, el contenido *«del formulario D será traducido por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros»* (art. 21.2 del RPEEC). A este respecto nuestra legislación dispone que, cuando deba ejecutarse en España una sentencia dictada en otro Estado miembro de la Unión Europea que ponga fin a un proceso europeo de escasa cuantía, *«el demandante deberá presentar ante el Juzgado competente una traducción oficial al castellano o a la lengua oficial de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales del certificado de dicha sentencia, certificada en la forma prevista en el apartado 2 del artículo 21 del Reglamento (CE) n° 861/2007»* (disposición final vigésima cuarta, apartado 9, de la LECiv).

<sup>50</sup> Vide [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=1)

<sup>51</sup> Así se indica en la información facilitada por España a la Comisión de la Unión Europea, disponible en [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=1#a\\_111](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=1#a_111).

Es cierto que en ella no se especifica si dichos órganos jurisdiccionales solo tienen competencia para conocer de la ejecución de sentencias dictadas en procesos europeos de escasa cuantía que se hayan seguido en nuestro país o, si además de lo anterior, la tienen para la ejecución de sentencias dictadas en procesos seguidos en otro país miembro de la Unión Europea, pero no lo es menos que la LECiv se pronuncia de forma clara sobre la competencia en este último caso. Y, en consecuencia, que, en tanto no se modifique el criterio establecido al efecto en la disposición final vigésima cuarta, no cabe entender que los juzgados de lo mercantil tengan competencia en estos supuestos.

- f) Así mismo, porque no requiere que las partes estén representadas por un abogado u otro profesional del derecho durante su desarrollo. Pues, aunque el RPEEC no especifica si la regla de que no cabe exigir a las partes que actúen a través de un experto en leyes –vid. el Considerando 15 y el art. 15 de dicha norma– se refiere tan solo a la fase de declaración o comprende también la de ejecución de la sentencia, un análisis detenido de su contenido obliga a concluir que afecta a ambas. Lo contrario se opondría a una visión amplia del proceso que analizamos y supondría una limitación carente de amparo normativo. Máxime cuando el RPEEC se refiere en todo momento a la parte que solicita la ejecución de la sentencia (vid. sus arts. 21, 22 y 23), significando que, «*salvo los agentes con competencia en el proceso de ejecución*» (art. 21.3 de dicha norma), no estará obligada a tener un representante autorizado o una dirección postal en el Estado en que se lleva a cabo la ejecución. Ello no significa, sin embargo, que no sea conveniente, incluso muy recomendable, que se contraten los servicios de dichos profesionales. Pues su labor puede ser muy conveniente. De un lado, porque la ejecución precisa de importantes conocimientos técnicos de los que, como es natural, carecen los legos en derecho. De otro, porque el RPEEC no contiene formulario alguno que pueda servir de guía o ayuda a los justiciables sobre los trámites que se han de seguir para obtener la ejecución de la sentencia que les favorezca o, en su caso, para oponerse a la misma, lo que dificulta grandemente su labor. Si se piensa con atención, enseguida se caerá en la cuenta de que estos argumentos permitirían defender la necesidad de utilizar los servicios de ambos expertos en la fase de ejecución. Sin embargo, como se ha dicho, no es esto lo que se prevé en el caso que nos ocupa. Y no solo por lo que se ha apuntado anteriormente, sino sobre todo porque el art. 539.1 de nuestra LECiv dispone con absoluta claridad que la regla de que el ejecutante y el ejecutado estén dirigidos por letrado y representados por procurador no resulta de aplicación cuando «*se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales*», que es precisamente lo que sucede en el supuesto que analizamos. Por lo que, como antes apuntamos, no resulta preceptiva su intervención en los procesos de ejecución de sentencias de procesos europeos de escasa cuantía que se sigan en España.
- g) En séptimo lugar, por la prohibición de que el tribunal competente para ejecutar una sentencia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía pueda revisar el fondo de la misma. Lo que no impide, claro está, que la persona frente a la que se dirija la ejecución pueda solicitar que se deniegue conforme a las reglas generales previstas en la legislación del Estado de ejecución (siempre y cuando, insisto, no se revise el fondo de la sentencia); singularmente, cuando la sentencia sea incompatible con otra dictada con anterioridad, siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones: que la sentencia anterior tenga el mismo objeto y se refiera a las mismas partes; que dicha resolución se haya dictado en el Estado miembro de ejecución o cumpla las condiciones necesarias para ser reconocidas en este; y que no se hubiere alegado ni hubiera podido alegarse la incompatibilidad durante el proceso que se siguió en el Estado en que se dictó la sentencia.
- h) Y, finalmente, por el hecho de que, no obstante la regla de que, una vez dictada, la sentencia tiene fuerza ejecutiva, en aquellos casos en que una de las partes la haya impugnado, dicha impugnación fuese todavía posible o se hubiere pedido su revisión, el tribunal o autoridad competente del Estado donde deba llevarse a cabo la ejecución podrá limitarla a la posible adopción de medidas cautelares; subordinar su inicio a que se constituya la garantía que se determine; o suspenderla, en circunstancias excepcionales, si lo solicita una de las partes y lo considera pertinente (*vide* el art. 25 del Reglamento).

## VII. Cuestiones a considerar

**50.** La realidad pone de manifiesto que, cuanto menor es la cuantía económica de la cuestión sobre la que se discute con otro, mayores son las dudas sobre si compensa dirimirla ante la jurisdicción, habida

cuenta el coste económico –pero también de tiempo, esfuerzo y desgaste personal– que ello conlleva. Dichas dudas se incrementan notablemente si la disputa ha de suscitarse ante los tribunales de un país distinto al propio. Pues, a los anteriores inconvenientes, se suman otros, no menores, tales como la presumible necesidad de tener que expresarse en un idioma diferente al que suele utilizarse o la eventual exigencia de tener que contratar los servicios de un experto en las leyes de dicho país –un abogado– para que se defiendan debidamente los derechos e intereses de quien precisa la tutela judicial para que éstos sean reconocidos.

Conscientes de lo anterior, las instituciones comunitarias han regulado un proceso nuevo y autónomo que se ofrece a los justiciables como una alternativa a los procesos que regulan sus países de origen<sup>52</sup> con el que pretenden paliar dichas dificultades y en el que han optado decididamente por la escritura como forma de expresión de los actos procesales, en una decisión que –habida cuenta lo que se acaba de apuntar– parece acertada.

La decisión de regular un proceso predominantemente escrito, que en absoluto excluye por completo la oralidad, lo que explica los amplios poderes que se reconocen al órgano jurisdiccional en la dirección del proceso (que le permiten negar aquellas diligencias que considere innecesarias y poner de manifiesto eventuales omisiones en los escritos de alegaciones de las partes que, si éstas no subsanan en el plazo que se conceda al efecto, determinarán el rechazo de los mismos o su inadmisión a trámite)<sup>53</sup>, resulta así de la dificultad de articular un instrumento que puede adaptarse a las singularidades de los distintos países en que ha de aplicarse y de la necesidad de abaratar los costes que todo litigio lleva consigo, que se incrementarían notablemente si se hubiese optado por la oralidad y, en consecuencia, se hubiese exigido la presencia física de los contendientes.

La apuesta por la forma escrita de los actos procesales supone por tanto el reconocimiento de que es necesario adaptar el proceso –instrumento necesario para que los ciudadanos soliciten la tutela judicial que estimen necesaria en cada caso y para que los tribunales cumplan su función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado– a las necesidades que en cada caso ha de satisfacer y que un proceso predominantemente escrito –que, por ello, por no desarrollarse totalmente de acuerdo con dicha forma, no excluye que determinados actos puedan tener lugar de forma oral– puede ser sumamente apto para resolver controversias ante los tribunales, sobre todo cuando las discrepancias son esencialmente jurídicas o el debate se fundamenta primordialmente sobre pruebas de carácter documental. Y, en cualquier caso, implica la adopción de una solución pragmática, aconsejada por el carácter transnacional de los litigios que a través suyo se han de resolver y los inconvenientes que antes reseñábamos, que, para terminar de completarse, opta por una tramitación simplificada y reducida en lo posible al intercambio de escritos y pruebas documentales.

**51.** Con todo, el éxito de este proceso en nuestro país está aún lejos de alcanzarse. Pues, como se apuntaba al comienzo de este estudio, un análisis de las resoluciones que se refieren en el buscador del Centro de Documentación Judicial de nuestro país revela que apenas se ha hecho uso de él en 53 supuestos, lo que hace una media de 3,85 asuntos por año desde la fecha en que el RPEEC entró en vigor.

El examen concienzudo de los mismos pone de manifiesto varios datos significativos.

En primer lugar, que en todos los casos han conocido de este proceso los juzgados de lo mercantil.

En segundo término, que todos ellos tienen su causa en contratos de transporte: 50 en contratos de transporte aéreo y 2 en contratos de transporte terrestre<sup>54</sup>, existiendo otro en el que se reclama una

---

<sup>52</sup> En parecidos términos: F. MARTÍN DÍZ, «Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios», en *Derecho Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, núm. 30, 2008, pág. 390, quien destaca que se trata de un proceso alternativo a las posibilidades nacionales de protección del crédito, nunca sustitutivo ni excluyente de las mismas.

<sup>53</sup> En igual sentido: L. M. BUJOSA VADELL, «Simplificación y oralidad en los litigios transfronterizos. El proceso europeo de escasa cuantía del Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente [Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal 2008]* (obra editada por Federico Carpi y Manuel Ortells Ramos), Vol. 2, 2008, (Comunicaciones-Presentations), págs. 303-315.

<sup>54</sup> *Vide* las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra de 27 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMPO:2018:3089), Pte. Sr. Burguillo Pozo; y del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:JMNA:2020:3850), Pte. Sra. Fernández Zabalegui.

indemnización por daños y perjuicios, pero no es posible deducir con base en qué, ya que en la sentencia no se dan datos sobre el fundamento de la controversia ni la identidad del demandado, analizándose en ella si el allanamiento de este cumple los requisitos legales y si procede condenarle en costas<sup>55</sup>.

En tercer lugar, que la inmensa mayoría de ellos -42 de los 53 antes mencionados- se han suscitado ante los juzgados de lo mercantil de Palma de Mallorca<sup>56</sup>.

Y, finalmente, que en muchos de ellos quien reclama es una empresa a la que los particulares han cedido su derecho, presumiblemente a cambio de un precio acordado.

**52.** Los anteriores datos, sumamente reveladores, obligan a reflexionar sobre el futuro de este proceso en orden al informe que, a más tardar el 15 de julio de 2022, la Comisión Europea ha de presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Consejo Económico y Social Europeo sobre el funcionamiento del RPEEC<sup>57</sup>. Y también, claro está, sobre las medidas que podrían hacerlo más atractivo para los ciudadanos.

**53.** A tal efecto, y con dicha intención, nos permitimos hacer las siguientes propuestas y recomendaciones.

Primera. - Es preciso dar a conocer debidamente su existencia, toda vez que es un gran desconocido, incluso entre los profesionales del derecho, pues constituye un instrumento apto y eficaz para realizar determinadas reclamaciones. Por ejemplo, las que pretenden la devolución del precio satisfecho por la compra de un producto defectuoso realizada en un Estado afectado por el RPEEC distinto al propio o las que interesan el abono de servicios contratados y no pagados por un ciudadano europeo durante su estancia en otro país de la Unión al que sea de aplicación dicha norma. Una amplia campaña de difusión se hace pues imprescindible para dar a conocer sus bondades y favorecer el acceso a la justicia de los ciudadanos de la Unión.

Segunda. - Una forma de incentivar su uso sería la de suprimir la necesidad de abonar una tasa judicial en aquellos países que aún se exige.

Es cierto que en España no se requiere y que, pese a ello, apenas es utilizado. Pero ello es debido, a nuestro parecer, a la falta de incentivos para su uso y al desconocimiento entre los profesionales del derecho a que antes hicimos referencia. Por lo que la eliminación de esta traba podría hacerlo más atractivo en los países de la Unión Europea que aún la mantienen.

Tercera. - Parece conveniente incrementar el valor económico de la demanda en estos procesos. Es cierto que en 2015 se elevó a 5.000€ y que, sin duda, dicho umbral es más adecuado que el inicial de 2.000€. Pero entendemos que sería conveniente incrementarlo aún más, por ejemplo, a 7.500€, al menos

<sup>55</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Palma de Mallorca de 10 de agosto de 2018 (ECLI: ES:JMIB:2018:2876), Pte. Sr. Fernández González.

<sup>56</sup> Los restantes, salvo error mío, ante los juzgados de lo mercantil de Barcelona (2), Pontevedra (2), Oviedo (1), Madrid (2), Pamplona (1), Valencia (1) y Bilbao (2).

<sup>57</sup> Recuérdese a estos efectos que, según dispone el art. 28 del propio reglamento comunitario:

«1. A más tardar el 15 de julio de 2022, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre el funcionamiento del presente Reglamento, que incluirá una evaluación sobre lo siguiente:

a) si resulta adecuado un incremento adicional del límite al que hace referencia el artículo 2, apartado 1, con el fin de alcanzar el objetivo del presente Reglamento de facilitar el acceso de los ciudadanos y las pequeñas y medianas empresas a la justicia en asuntos transfronterizos, y

b) si resulta adecuado extender el ámbito de aplicación del proceso europeo de escasa cuantía, en particular a las demandas relativas a retribuciones salariales, a fin de facilitar el acceso a la justicia de los trabajadores en litigios laborales transfronterizos con sus respectivos empleadores, previo examen de todas las repercusiones de dicha extensión.

Dicho informe irá acompañado, en su caso, de propuestas legislativas.

A tal efecto y a más tardar el 15 de julio de 2021, los Estados miembros facilitarán a la Comisión información sobre el número de demandas en el marco del proceso europeo de escasa cuantía, así como sobre el número de peticiones de ejecución de sentencias dictadas en el proceso europeo de escasa cuantía.

2. A más tardar el 15 de julio de 2019, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la difusión de información acerca del proceso europeo de escasa cuantía en los Estados miembros, y podrá proponer recomendaciones sobre cómo dar a conocer mejor dicho proceso».

en aquellos casos en que el litigio se suscite entre empresas o personas jurídicas, a fin de animar a sus responsables a su utilización. Tiene el riesgo, es cierto, de que se constituyan empresas con el fin de comprar créditos litigiosos a particulares superiores a 5.000€. Pero entendemos que ello no supone un inconveniente que lo haga desaconsejable. Al revés, si se incrementa el número de procesos europeos de escasa cuantía por dicha razón, sería el momento de replantearse si dicho incremento no debe extenderse también a reclamaciones en las que el actor sea una persona física.

Cuarta. - Sería adecuado que su tramitación se regulase de forma más completa de lo que lo está actualmente, limitando así las muchas remisiones que se hacen en el RPEEC a las legislaciones de los Estados en los que es de aplicación dicha norma, ya que ello constituye un factor de complicación, sobre todo para los legos en derecho, que desanima recurrir al mismo.

Quinta. - Debería aclararse que la desestimación de la pretendido por el actor solo es posible en la sentencia. Y, por tanto, que cuando el Reglamento dispone que, en algunos casos, cabe rechazar la demanda, el legislador europeo se está refiriendo a su inadmisión a trámite o a que por parte de la autoridad competente se rechaza seguir tramitándola. En último extremo, sería positivo que en el Reglamento se dispusiera que en estos casos la decisión judicial debe ser la misma que, en supuestos semejantes, se acordaría en un pleito nacional.

Sexta. - Sería conveniente expresar, con la debida claridad, cómo han de prestar los Estados afectados por el RPEEC la asistencia práctica que se han comprometido a facilitar a quienes deseen hacer uso de este proceso para que puedan cumplimentar los formularios que en él se refieren (cfr. su art. 11). Ya que ello redundará, sin duda, en una mayor confianza en este proceso, en un mayor empleo del mismo y en un mejor desarrollo del procedimiento.

Séptima. - De igual modo, sería positivo que se indicará en dicha norma, con el máximo detalle posible, cómo han de cumplir los órganos jurisdiccionales el deber de informar a las partes sobre las cuestiones procesales que se hayan suscitado y deban resolverse, en aquellos casos en que ello sea preciso (cfr. el art. 12.2 del RPEEC), toda vez que, de lo contrario, dicho cometido puede quedar reducido a una mera declaración de intenciones, con los inconvenientes que ello conlleva.

Octava. - Igualmente, sería oportuno que se delimitase con la mayor exactitud posible en qué supuestos puede acordar de oficio el órgano jurisdiccional la celebración de una vista oral tras la presentación por las partes de sus respectivos escritos de alegaciones. Ya que, de lo contrario, si no se hace así, en algunos supuestos puede quedar en entredicho su necesaria imparcialidad, siendo preciso asimismo que se disponga que, en aquellos casos en que dicha vista deba tener lugar, deben cumplirse de la mejor manera posible las exigencias de contradicción, intermediación, concentración y publicidad.

En este punto sería asimismo conveniente que se especificase que la decisión de no celebrar una vista oral, cuando esta haya sido solicitada al menos por uno de los contendientes, debe estar debidamente fundada y razonada, a fin de que sea posible conocer, con el debido detalle, las razones que llevan al órgano jurisdiccional a no acordarla.

Novena. - Convendría considerar la posibilidad de que las partes pudiesen formular conclusiones por escrito tras la práctica de la prueba, en aquellos casos en que se acuerde, toda vez que ello podría coadyuvar a que fijasen con mayor precisión sus respectivas posiciones.

Décima. - El proceso europeo de escasa cuantía genera gastos para las partes (traducción de documentos, desembolsos de viaje para asistir a audiencias si no se pueden realizar por medios telemáticos, remuneración de testigos, etcétera) que sería bueno que se redujesen: quizá con ayudas estatales o de la propia Comisión de la Unión Europea, al menos durante los primeros años, para hacer más atractivo este instrumento.

Aunque la propuesta pueda parecer sorprendente, si se piensa bien, no es tan extraña. De hecho, entre nosotros, la Administración corre con ciertos gastos en el arbitraje de consumo, como el pago de determinadas pericias, a fin de poder alcanzar una resolución justa y equitativa sin coste para los consumidores y, en general, para las partes. ¿Por qué no hacer lo mismo en el proceso europeo de escasa cuantía?

Undécima. - Finalmente, creemos que sería conveniente que se dispusiera que la sentencia dictada en primera instancia en este proceso puede ser siempre impugnada ante un tribunal distinto y jerárquicamente superior al que haya firmado aquélla, habida cuenta que con ello se incrementarían las posibilidades de acierto, a la par que se limitarían los supuestos de posible error o equívoco judicial.

# REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE TERRITORIAL DEL DERECHO AL OLVIDO

## SOME REFLECTIONS ON THE TERRITORIAL SCOPE OF THE RIGHT TO ERASURE

ELISA TORRALBA\*

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-5813-7163

Recibido: 22.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6271>

**Resumen:** El “derecho de supresión”, o “derecho al olvido”, recogido en el artículo 17 del RGPD, puede oponerse a los gestores de motores de búsqueda como responsables del tratamiento de datos personales. En su sentencia en el asunto C- 507/17\*\*, el TJUE afirmó el alcance geográfico limitado de este derecho, exigible en el territorio de la Unión Europea, sin cerrar, no obstante, la puerta a una posible extensión mundial en circunstancias excepcionales. Este trabajo se dedica al análisis del alcance espacial del derecho al olvido y propone una posible lectura de la cuestión desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

**Palabras clave:** Protección de datos, derecho al olvido, alcance territorial.

**Abstract:** The “right to erasure”, or “right to be forgotten”, enshrined in Article 17 of the GDPR, can be enforced against search engine operators as controllers of personal data. In its judgment in Case C-507/17, the CJEU concluded the limited geographical scope of this right, enforceable in the territory of the European Union, without, however, closing the door to a possible worldwide extension in exceptional circumstances. This paper is dedicated to the analysis of the spatial scope of the right to be forgotten and proposes an alternative reading of the issue from the perspective of private international law.

**Keywords:** data protection, right to be forgotten, territorial scope.

**Sumario:** I. Introducción. II. Alcance del derecho al olvido. 1.- Contexto en el que se plantea la cuestión. 2.- El ámbito de aplicación territorial del RGPD. 3.- Aplicación espacial del derecho al olvido. 3.1- Finalidad del RGPD. 3.2.- La posición del TJUE. 4.- Un derecho al olvido de dimensión europea: consecuencias sobre la aplicación de las normas. 4.1- Primera perspectiva: lectura desde el Derecho internacional público. 4.2.- Segunda perspectiva: lectura desde el Derecho internacional privado. A.- La ley del Estado para el que se reclama la protección. B.- Las excepciones a las que se refiere la sentencia en el asunto C-507/17. III. Conclusiones. IV.- Bibliografía.

---

\* Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado “Protección transfronteriza de la transmisión de datos personales a la luz del nuevo Reglamento europeo: problemas prácticos de aplicación”, PGC2018-096456-B-I00.

\*\* STJUE de 24 de septiembre de 2019, en el asunto Google/CNIL, ECLI: EU:C:2019:772.

## I. Introducción

1. El artículo 17 del Reglamento general de protección de datos (RGPD)<sup>1</sup> recoge el “derecho de supresión”, o “derecho al olvido”, como el derecho del interesado a obtener “sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan” y la correlativa obligación del responsable de suprimir, también sin dilación indebida, los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias que el propio precepto enumera. Se trata, en consecuencia, de un derecho que no tiene un carácter absoluto, sino que está sujeto a que se den ciertas condiciones (art. 17.1) y no resulta aplicable en otras (art. 17.2)<sup>2</sup>.

2. Este derecho no se recogía expresamente en el texto de la Directiva 95/46/CE<sup>3</sup>, precedente del RGPD, si bien en la ya célebre sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-131/12<sup>4</sup>, éste entendió que su reconocimiento resultaba de lo previsto en sus artículos 12, b<sup>5</sup> y 14, 1, a<sup>6</sup>.

3. En esta sentencia el TJUE afirma la condición de “responsable del tratamiento” de los gestores de motores de búsqueda y entiende que cuando estos crean en un Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por ellos y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro están llevando a cabo una actividad de tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento. Además, y más relevante en lo que aquí interesa, concluye que en el supuesto de que alguien aprecie que la inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona es incompatible con la Directiva porque tal información es inadecuada, no pertinente o es excesiva en relación con los fines del tratamiento, la información y los vínculos de dicha lista deben eliminarse.

4. Tras esta primera sentencia, el TJUE volvió a referirse al derecho al olvido, en relación con los motores de búsqueda, en el asunto C- 507/17<sup>7</sup>, en el que concluyó su alcance geográfico limitado al territorio de la Unión Europea, sin cerrar, no obstante, la puerta a una posible extensión mundial en circunstancias excepcionales.

---

<sup>1</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 (DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016).

<sup>2</sup> Tanto en su denominación (derecho de supresión, derecho al olvido, derecho a la desindexación) como en su contenido surgen divergencias legislativas y doctrinales (ver, por ejemplo, D. LINDSAY, “The right to be forgotten in European data protection law”, en N. WITZLED/D. LINDSAY/M.PATERSON/S. RODRICK (eds.), *Emerging Challenges in Privacy Law: Comparative Perspectives*, Cambridge Intellectual Property and Information Law, Cambridge University Press, 2012, pp. 290-293 y 302-313, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/285187786\\_The\\_'right\\_to\\_be\\_forgotten'\\_in\\_European\\_data\\_protection\\_law](https://www.researchgate.net/publication/285187786_The_'right_to_be_forgotten'_in_European_data_protection_law); D.J.B. SVANTESSON, “Limitless Borderless Forgetfulness? Limiting the Geographical Reach of the Right to be Forgotten”, *Oslo Law Review*, 2015, 2, p. 117; J.AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law. From Individual Rights to Effective Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 111-113; G. VAN CALSTER/A. GONZALEZ ARREAZA/E.APERS, “Not just one, but many Rights to be Forgotten”, *Internet Policy Review*, 2017, 7(2), en <http://https://policyreview.info/articles/analysis/not-just-one-many-rights-be-forgotten>

<sup>3</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, de 23 de noviembre de 1995).

<sup>4</sup> STJUE de 13 de mayo de 2014, Google/AEPD y Mario Costeja, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>5</sup> “Derecho de acceso. Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: [...] b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos [...]”.

<sup>6</sup> “Derecho de oposición del interesado. Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a: a) oponerse [...], en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos [...]”.

<sup>7</sup> STJUE de 24 de septiembre de 2019, en el asunto Google/CNIL, cit.

5. Desde la perspectiva de la Unión Europea, el derecho al olvido se integra, junto con los demás derechos recogidos en el RGPD, en el más general del artículo 8 de la Carta Europea de derechos fundamentales, que reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan<sup>8</sup>. Este derecho, a su vez, tiene en la Carta carácter autónomo e independiente del reconocido en el artículo 7, referido al respeto a la vida privada y familiar<sup>9</sup> y ambos se integran en el capítulo II, titulado “Libertades”, en el que también se recoge la “libertad de expresión y de información” (artículo 11).

6. En la Carta el derecho a la protección de datos se configura como autónomo respecto de los demás, pero, como ellos, no absoluto, ya que tiene que ser leído a la luz de lo previsto en su artículo 52, que permite limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades que la Carta reconoce siempre que estén establecidas por ley, respeten el contenido esencial de los derechos y se atengan al principio de proporcionalidad.

7. Este trabajo se dedica al análisis del alcance espacial del derecho al olvido tal y como este se configura en el artículo 17 del RGPD y tal y como lo ha entendido el TJUE. Para un mejor encaje de la cuestión, se parte de una aproximación de Derecho comparado en la que, sin ánimo de exhaustividad, se ponen de manifiesto algunas de las principales diferencias entre sistemas en la comprensión del derecho a la protección de datos, la privacidad y la libertad de expresión (II.1). Tras ello, se analiza el RGPD, su ámbito de aplicación territorial (II.2) y el papel del derecho al olvido en el contexto de esta norma para continuar con el alcance que la sentencia en el asunto C-507/17 atribuye a este derecho (II.3). El trabajo termina con una lectura de la aplicación espacial del RGPD, en lo que se refiere al derecho al olvido, que contempla una doble alternativa (II.4) y que no aspira sino a contribuir a la discusión doctrinal sobre estas cuestiones.

## II. Alcance del derecho al olvido

### 1. Contexto en el que se plantea la cuestión

8. Como se ha puesto de relieve, el primer problema al que se enfrenta el análisis del derecho al olvido en la esfera comparada es el de las diferentes concepciones que se encuadran bajo esa denominación. En este epígrafe no pretende proporcionarse más que una muestra de las distintas aproximaciones a la protección de datos y al derecho al olvido, en sentido amplio, con la única finalidad de entender de manera más adecuada el contexto en el que el TJUE ha fijado los límites de este último y las consecuencias que de ello cabe extraer.

9. En el marco del derecho al olvido se pone de relieve de manera muy clara la diferente concepción que de la defensa de la protección de datos, y de la intimidad en general, se tiene en los distintos sistemas jurídicos, en especial en los europeos por contraposición al estadounidense. Mientras que en los primeros el derecho a la intimidad y a la protección de datos y los derechos a la información o a la libertad de expresión se sitúan en un plano de igualdad que obliga a hacer una ponderación en cada caso en el que se plantea un conflicto entre ellos<sup>10</sup>, para tratar de que los límites a que cada uno se vea some-

---

<sup>8</sup> El tenor literal de este artículo es el siguiente: “Artículo 8 Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente”.

<sup>9</sup> “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, y en relación con la posición del TJUE, Y. MIADZVETSKAYA/G. VAN CALSTER, “Google at the Kirshberg Dock. On Delisting Requests, and on the Territorial Reach of the EU’s GDPR”, *European Data Protection Law Review*, vol. 6, 2020, pp. 146-148.

tido en aras de garantizar el otro sean los mínimos posibles y respeten un criterio de proporcionalidad, en Estados Unidos, los segundos priman claramente sobre el derecho a la vida privada<sup>11</sup>.

**10.** En Estados Unidos, la legislación federal no reconoce un derecho al olvido de manera explícita<sup>12</sup> y tampoco lo hace su jurisprudencia<sup>13</sup>. Solo en el Estado de California, la California Consumer Privacy Act<sup>14</sup>, en vigor desde el 1 de enero de 2020, se ocupa de esta materia, en relación con los consumidores, a los que reconoce ciertos derechos sobre sus datos, incluyendo un *right to delete*. Esta ley se inspira en el RGPD y construye las limitaciones a este derecho sobre la base de las contempladas en el texto europeo<sup>15</sup>.

**11.** Sin embargo, no faltan quienes en Estados Unidos se muestran partidarios del reconocimiento del derecho al olvido también en aquel ordenamiento<sup>16</sup>, en ocasiones con argumentos que no pueden ser compartidos desde la óptica de la Europa continental<sup>17</sup>. A cambio, otros autores son claramente contrarios, hasta el punto de que tal derecho ha llegado a ser visto como una forma de censura, como la mayor amenaza a la libertad de expresión en internet de la próxima década<sup>18</sup>, ya casi transcurrida desde que se escribió el trabajo en que esto se afirma. Se ha criticado asimismo la imposibilidad de hacer efectivo este derecho únicamente a partir de soluciones de carácter técnico<sup>19</sup>.

**12.** Junto a ello, en algunos países se encuentran posiciones más matizadas. En Brasil, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley general de Protección de Datos<sup>20</sup>, en vigor desde el 18 de septiembre de

<sup>11</sup> Sobre las distintas aproximaciones, específicamente respecto del derecho al olvido, entre otros, P.J. WATANABE; “An ocean apart: the transatlantic data privacy divide and the right to erasure”, *Southern California Law Review*, 2017, pp. 1111-1142; L.BODE/M.L. JONES, “Do Americans Want a Right to be Forgotten? Estimating Public Support for Digital Erasure Legislation”, *Policy & Internet*, 2018, vol.10, núm. 3, pp. 244-264 (desde una perspectiva extra jurídica). Para una visión de Derecho comparado, F. WERRO (ed.), *The Right To Be Forgotten. A Comparative Study of the Emergent Rights Evolution and Application in Europe, the Americas, and Asia*, Springer, Cham, 2020.

<sup>12</sup> N. O’CONNOR, “Reforming the US Approach to Data Protection and Privacy”, 2018, en <https://www.cfr.org/report/reforming-us-approach-data-protection>

<sup>13</sup> De hecho, la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos prohíbe expresamente que el Congreso adopte cualquier ley que limite la libertad de expresión (“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”).

<sup>14</sup> [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5)

<sup>15</sup> En la ley californiana, que únicamente protege a quienes puedan ser considerados consumidores, la supresión solo puede exigirse respecto de los datos que el empresario obtuvo directamente del interesado y está sujeta a unos límites similares a los previstos en el RGPD (párrafo 1798.105)..

<sup>16</sup> M.L. JONES, *The right to be forgotten*, New York University Press, Nueva York/Londres 2016, pp. 189 y ss; No abogan por este derecho, pero tampoco lo rechazan, P. BERNAL, “The EU, the US and Right to Be Forgotten”, en S. GURTWIRTH/R. LEENES/P. DETTERT (eds.), *Reloading Data Protection*, Springer, Dordrecht, 2014, pp. 61-77. Para este autor, más que de una confrontación entre la libertad de expresión y la privacidad, se trata de un conflicto de culturas (espec. p. 69), contexto en el que, al menos en EEUU, también juega un papel importante la libertad de empresa (pp. 71-72), o D. SOLOVE, “Is the right to be forgotten good or bad? This is the wrong question”, en <https://teachprivacy.com/right-forgotten-good-bad-wrong-question/> y en *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2007, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2899125>. Partidario de una aproximación de las posiciones entre los distintos sistemas, S.C. BENNETT, “The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives”, *Berkeley Journal of International Law*, 2012, Vol. 30, pp. 161-195.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, se parte, en muchos casos, de la afirmación de un derecho de propiedad sobre los datos: J. RITTER/A. MAYER, “Regulating Data as Property: A new Construct for Moving Forward”, *Duke Law Technology Review*, 2017, p. 221; J. LUND, “Property Rights to Information”, *Northwestern Journal of Thechnology and Intellectual Property*, 2011, vol. 10, núm. 1, passim; R.T. NIMMER/P.A. KRAUTHAUS, “Information as Property Databases and Commercial Property”. *International Journal of Law and Information Technologies*, vol. 1, núm. 1, 1993, pp. 5-7. Para una descripción de las diferentes concepciones en Europa, Estados Unidos y China, ver J. HUANG, “COVID 19 and Applicable Law to Transnational Personal Data: Trends and Dynamics”, The Univesrity of Sydney Law School, Legal Studies Research Paper Series, núm. 20/23, abril 2020, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3570178](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3570178). Por otra parte, V. JACOB entiende que incluso el RGPD (en poyecto cuando se escribió el artículo) crea de facto un régimen de propiedad sobre los datos (“The EU General Data Protection Regulation: Towards a Property Regime for Protecting Data Privacy”, *The Yale Law Journal*, 2013, vol. 123, núm. 2, p. 515).

<sup>18</sup> J. ROSEN, “The right to be forgotten”, 64 *Stanford Law Review Online*, 2012, p. 88.

<sup>19</sup> D. LINDSAY, “The right to be forgotten...”, cit., pp. 298-299.

<sup>20</sup> Lei Geral de Proteção de Dados, núm. 13.709, de 14 de agosto de 2018, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm).

2020, reconoce el derecho del titular de los datos a exigir su eliminación en ciertas circunstancias. Sin embargo, en una reciente sentencia, el Supremo Tribunal Federal de aquel país concluye que el derecho al olvido, concebido como el poder de oponerse, por razón del paso del tiempo, a la divulgación de hechos o datos verídicos y lícitamente obtenidos y publicados en medios de comunicación social, analógicos o digitales, es incompatible con la Constitución brasileña. A juicio del tribunal, los eventuales excesos o abusos en el ejercicio de las libertades de expresión e información deben ser analizados caso por caso partir de los parámetros constitucionales, especialmente el derecho al honor, la propia imagen, la privacidad y los derechos de la personalidad en general y de las específicas previsiones legales en los ámbitos penal y civil<sup>21</sup>. La especificidad de los hechos enjuiciados, la emisión en un canal de televisión de información sobre un crimen acaecido en Río de Janeiro unos años antes, puede estar condicionando la respuesta del tribunal por lo que, muy probablemente, no pueda desprenderse de este asunto una negativa absoluta del Derecho brasileño a la aceptación del derecho al olvido, basado en el paso del tiempo, y sus efectos sobre la información relativa a un individuo, en ciertas circunstancias.

**13.** En ese país, alguna sentencia anterior (y, en consecuencia, dictada también antes de la entrada en vigor de la Ley General de Protección de Datos) reconocía que, si bien el derecho al olvido se estaba consolidando en el ámbito doctrinal, e incluso se había reconocido en algún supuesto jurisprudencial, no procedía reconocerlo frente a los motores de búsqueda, puesto que eso sería convertirlos en censores digitales. El tribunal entendía en ese caso que el contexto en el que actuaba no era el mismo que aquel en el que se movía el TJUE, ya que en Brasil no había una norma que amparase el derecho al olvido<sup>22</sup>.

**14.** En el extremo opuesto se encuentra la Ley rusa 1057337-7, de Reforma de la Ley de Datos personales, publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2020<sup>23</sup> y que entró en vigor el 21 de marzo de 2021 para unas cuestiones y lo hará el 1 de julio del mismo año para otras. En este país el derecho al olvido se reguló ya en 2015 en una ley especial, que contemplaba este derecho fuera del contexto general de la protección de datos. La Ley 264-FZ, de julio de 2015, en vigor desde el 1 de enero de 2016, que concede a los ciudadanos rusos el derecho a solicitar la desindexación de los resultados de búsquedas que conduzcan a información irrelevante o inexacta sobre ellos, no contiene una regulación completa sobre protección de datos personales, sino que introduce un derecho al olvido *sui generis* que no se ve limitado por el derecho del público de acceder a la información, ni contempla excepciones similares a las recogidas en el RGPD<sup>24</sup>.

**15.** En India, la sección 27 de la Personal Data Protection Bill de 2019 reconoce el derecho al olvido a favor del titular de los datos que puede, en determinadas circunstancias, solicitar del responsable (*data fiduciary*) que restrinja la difusión de sus datos personales.

**16.** Frente a lo anterior, la consagración legislativa del derecho al olvido en la Unión europea es, como se ha visto, reciente y su alcance no ha estado exento de discusión. Durante la elaboración del RGPD se debatió, por ejemplo, la posible obligación del responsable del tratamiento de informar a otros responsables acerca de la solicitud del interesado, obligación que en el texto final se mantiene solo “teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación”, frente a las posiciones de quienes pretendían atribuirle un carácter más exigente. Del mismo modo, se suprimió toda referencia a que el derecho se

<sup>21</sup> Sentencia de 11 de febrero de 2021, en el recurso extraordinario .010.606, Río de Janeiro, <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 10 de noviembre de 2016, en el recurso especial nº 1.593.873- SP (2016/0079618-1), <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862954456/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1593873-sp-2016-0079618-1/inteiro-teor-862954466>

<sup>23</sup> Una traducción (no oficial) al inglés de esta ley puede encontrarse en [https://www.dataguidance.com/sites/default/files/en\\_20190809\\_russian\\_personal\\_data\\_federal\\_law\\_2.pdf](https://www.dataguidance.com/sites/default/files/en_20190809_russian_personal_data_federal_law_2.pdf)

<sup>24</sup> R. NURULLAEV, “Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism”, *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, 2015, no 3, pp. 181–193.

aplicaría especialmente en lo que respecta al tratamiento de los datos personales que el interesado hubiera proporcionado siendo niño, para darle un alcance claramente más general<sup>25</sup>. En este contexto, el Derecho de la Unión europea se erige en el más protector de los datos personales de nuestro entorno.

## 2. El ámbito de aplicación territorial del RGPD

17. En este escenario, el artículo 3 del RGPD delimita su ámbito de aplicación territorial en términos más amplios de lo que lo hacía la Directiva 95/46/CE. El RGPD se aplica tanto al “tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no”, como al “tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión”. A ello se añade que el RGPD se aplica asimismo al “tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público”.

18. De este modo, y siguiendo un camino ya allanado por el TJUE en el asunto C-131/12, el RGPD afirma su carácter extraterritorial, en la medida en que no se aplica únicamente a encargados o responsables con establecimiento en la Unión Europea, o en un lugar en el que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público, sino también a establecidos en terceros Estados cuando el interesado resida en la Unión y la actividad del responsable o encargado se dirija a la Unión y alcance a tales interesados.

19. La aplicación a responsables y encargados del tratamiento con establecimiento en la Unión Europea parte de una noción de establecimiento que no está definida en el texto articulado del RGPD, pero sí en su Exposición de Motivos, cuyo considerando 22 señala que “establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto”. Este concepto amplio está en línea con el que había venido sosteniendo el TJUE<sup>26</sup>. El texto articulado sí recoge, sin embargo, el concepto de “establecimiento principal”<sup>27</sup>.

20. Siguiendo esa aproximación, el requisito de estabilidad conduce a rechazar la existencia de un establecimiento en situaciones en las que en la Unión Europea se pueda acceder al sitio de internet de una empresa de un tercer Estado, sin esa presencia efectiva, real y estable<sup>28</sup>. Junto a ello, el tratamiento

<sup>25</sup> Ver, a título ilustrativo, el Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento (COM(2012)0011-C7-0025/2012-2012-0011(COD)), en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0402\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0402_ES.html).

<sup>26</sup> Por ejemplo, en su sentencia en as. C-131/12, cit.; o en las de 1 de octubre de 2015, as. C-230/14, Weltimmo (ECLI:EU:C:2015:639); 28 de julio de 2016, as. C-191/15, Verein für Konsumenteninformation (ECLI:EU:C:2016:612) y de 5 de junio de 2018, as. C-210/16, Wirtschaftsakademie, ECLI:EU:C:2018:388).

<sup>27</sup> Este artículo distingue entre el establecimiento principal del responsable y el del encargado del tratamiento. Si el primero tiene un establecimiento en más de un Estado miembro, el principal es “el lugar de su administración central en la Unión, salvo que las decisiones sobre los fines y los medios del tratamiento se tomen en otro establecimiento del responsable en la Unión y este último establecimiento tenga el poder de hacer aplicar tales decisiones, en cuyo caso el establecimiento que haya adoptado tales decisiones se considerará establecimiento principal”. En el caso del encargado será establecimiento principal “el lugar de su administración central en la Unión o, si careciera de ésta, el establecimiento del encargado en la Unión en el que se realicen las principales actividades de tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento del encargado, en la medida en que el encargado esté sujeto a obligaciones específicas con arreglo al presente Reglamento”.

<sup>28</sup> “Directrices 3/2018 relativas al ámbito de aplicación territorial del RGPD (artículo 3)”, de 12 de noviembre de 2019, p.7, [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32018-territorial-scope-gdpr-article-3-version\\_es](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32018-territorial-scope-gdpr-article-3-version_es)

de los datos debe tener lugar “en el contexto de las actividades” del establecimiento, aunque no lo realice él mismo<sup>29</sup> y sin que sea relevante que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.

**21.** Por otra parte, el artículo 3.1 no limita la aplicación del RGPD al tratamiento de datos personales de particulares que residan en la Unión Europea, requisito sí exigido en el artículo 3.2 cuando contempla la aplicación de RGPD a responsables o encargados no establecidos en ella, si bien las diferencias lingüísticas entre las distintas versiones del texto europeo obligan a introducir matices sobre los que se vuelve más adelante.

**22.** Junto a esa primera situación, los responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea están sujetos al RGPD si las actividades de tratamiento están relacionadas con la oferta de bienes o servicios a los interesados en la Unión Europea, con o sin remuneración, o con el control de su comportamiento si este tiene lugar dentro aquella.

**23.** Este criterio de aplicación es el que puede suscitar más reticencias en vista del alcance atribuido a la norma. No obstante, y sin ánimo de entrar en la cuestión general de la aplicación extraterritorial de las leyes y las aproximaciones que desde el Derecho internacional público puedan hacerse<sup>30</sup>, lo cierto es que no estamos ante una técnica extraña si tenemos en cuenta, por ejemplo, el modo en que se aplican las reglas en materia de defensa de la competencia de la Unión Europea<sup>31</sup>, aunque esta última sea una comparación que el Abogado General Szpunar considera no pertinente en sus conclusiones al asunto C-507/17<sup>32</sup>.

**24.** Como en ese sector, y en aplicación de una suerte de teoría de los efectos, que reconoce la facultad de los Estados de regular comportamientos que, aunque no tengan lugar en su territorio, produzcan en él efectos sustanciales, resulta admisible la extensión, también a sujetos responsables o encargados establecidos fuera de la Unión Europea, de las obligaciones que resultan del RGPD, siempre que su actividad produzca efectos suficientemente relevantes en dicho territorio. Desde esta perspectiva, las circunstancias que el artículo 3.2 del RGPD exige para extender la aplicación del texto europeo resultan suficientes y adecuadas para afirmar la existencia la vinculación del supuesto con el territorio de la Unión Europea.

**25.** No obstante, y para paliar los efectos de esa doctrina, que aplicada sin límites en el contexto de internet conduciría a que cualquier Estado pudiera reclamar resultar afectado por contenidos accesibles a través de la red, fuera cual fuera el lugar del mundo en el que se hubieran originado<sup>33</sup>, se introducen ciertos matices.

**26.** La aplicación a quienes llevan a cabo actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios en la Unión Europea parte del requisito fundamental de la selección deliberada de

<sup>29</sup> “Directrices 3/2018 ...”, que añaden que ese requisito no debe ser objeto de una interpretación restrictiva (pp. 8).

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión, en el ámbito que nos ocupa, M. TAYLOR, “The EU’s human rights obligations in relation to its data protection laws with extraterritorial effect”, *Intl. Data Privacy Law*, 2015, vol. 5, núm. 4, pp. 246-256 ; B. VAN ALSENOY/M. KOEKKOEK, “Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the right to be delisted”, *Intl. Data Privacy Law*, 2015, vol. 5, núm. 2, pp. 105-120; D.J. SVANTESSON, “Extraterritoriality in the context of data privacy regulation”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2013, vol. 7, pp. 87-96).

<sup>31</sup> P. BEHRENS, “The extraterritorial reach of EU competition law revisited: The “effects doctrine” before the ECJ”, Discussion paper, No 3/16, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016, [https://europa-kolleg-hamburg.de/wp-content/uploads/2016/11/DP\\_3\\_16\\_Behrens.pdf](https://europa-kolleg-hamburg.de/wp-content/uploads/2016/11/DP_3_16_Behrens.pdf); R.P. ALFORD, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and the European Community Approaches*, *Virginia Journal of International Law*, 1992, vol. 33, pp. 1-50; B. ZELGER, “EU Competition law and extraterritorial jurisdiction – a critical analysis of the ECJ’s judgement in *Intel*”, *European Competition Journal*, 2020, vol. 16 (2,3), 613-627.

<sup>32</sup> Apartado 53 de las Conclusiones, presentadas el 10 de enero de 2019, ECLI:EU:C:2019:15.

Apartados 76 y 77 de las Conclusiones.

<sup>33</sup> B. VAN ALSENOY/M. KOEKKOEK, “Internet and the Jurisdiction...”, cit., p. 110.

personas en ella, de modo que lo relevante no es tratar datos personales de un individuo en la Unión, sino que eso se haga como consecuencia de una voluntad de dirigirse a los “destinatarios” en su territorio, bien ofreciéndoles bienes o servicios, bien realizando un seguimiento de su comportamiento. En relación con esto, el Considerando 23 del RGPD aclara que “si bien la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión”.

**27.** Con esas afirmaciones, el RGPD proyecta, sin asimilarlas totalmente, a estas situaciones el criterio sostenido por el TJUE en relación con el concepto de “actividad dirigida” para la calificación de los litigios en materia de consumo a efectos de la aplicación del Reglamento 12115/2012<sup>34</sup>. En línea con esta interpretación, cuando los bienes o servicios se prestan involuntariamente o por casualidad a una persona en el territorio de la Unión, el tratamiento conexo de los datos personales no entra en el ámbito de aplicación territorial del RGPD<sup>35</sup>.

**28.** El segundo tipo de actividad que da lugar a la aplicación del RGPD, en virtud de su artículo 3, 2, es el control del comportamiento de los interesados, en la medida en que este tenga lugar en la Unión Europea. Para determinar si estamos en esa situación debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, “inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes”<sup>36</sup>.

**29.** Aunque para estos casos no se exige expresamente la intención de “selección de destinatarios” por parte del responsable o del encargado del tratamiento, el uso del término “control” implica la existencia de un objetivo específico para la recogida y reutilización de los datos, lo que parece hacer necesario valorar el tratamiento que el responsable hace de los datos y si se realiza cualquier análisis posterior del comportamiento o si se utilizan técnicas de elaboración de perfiles con dichos datos<sup>37</sup>.

**30.** Por otra parte, el artículo 3, 2 se refiere a “los datos personales de interesados que residan en la Unión” y, sin embargo, el considerando 14 establece que “la protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales”, en coincidencia con el tenor literal de otras versiones lingüísticas del mencionado precepto<sup>38</sup>. Estas versiones se adecuan mejor al Derecho primario de la Unión Europea, que establece un amplio ámbito de protección de los datos personales, que no se limita a los ciudadanos de la Unión: el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece que el derecho a la protección de los datos personales no está limitado, sino que se aplica a “toda persona”.

### 3. Aplicación espacial del derecho al olvido

**31.** La delimitación del ámbito de aplicación territorial del RGPD en términos tan amplios podría llevarnos a considerar que los derechos que este recoge se aplican con un alcance global. De este

<sup>34</sup> STJUE de 7 de diciembre de 2010, C-585/08 y C-144/09, *Pammer*, ECLI:EU:C:2010:740.

<sup>35</sup> “Directrices 3/18...”, p. 20.

<sup>36</sup> Considerando 25 del RGPD.

<sup>37</sup> “Directrices 3/18...”, cit., p. 22.

<sup>38</sup> “Subjects who are in the Union”, en la versión inglesa, “personnes concernées qui se trouvent”, en la francesa, “betroffenen Personen, die sich in der Union befinden”, en la alemana y “interessati qui se trovano nell’Unione”, en la italiana, por ejemplo.

modo, parecería razonable entender que, una vez sabemos que incluso el responsable del tratamiento establecido fuera de la Unión Europea debe aplicar el RGPD cuando trata datos personales de interesados en ella, en las condiciones previstas en su artículo 3, el eventual derecho de supresión que estos interesados pudieran querer ejercer al amparo del artículo 17 debería extenderse a la eliminación de sus datos estén o no “localizados” en la Unión Europea.

**32.** Se trata de una interpretación que, si bien podría resultar coherente, no se infiere necesariamente de los términos del artículo 3, que, en la medida en que exige vínculos claros con la Unión Europea, puede entenderse que limita también el alcance de los derechos que el RGPD recoge a ese mismo espacio geográfico.

**33.** En esta línea, la delimitación del ámbito de aplicación territorial del RGPD no coincide necesariamente con el alcance de los derechos que confiere. Es decir, una cosa es afirmar que se aplica el RGPD porque, aunque el responsable estuviera establecido fuera de la Unión Europea, dirigía su actividad a interesados localizados en ella y otra distinta que estos puedan extender los derechos que les concede el RGPD más allá de sus fronteras.

**34.** La cuestión ha sido abordada por el TJUE en relación con el derecho al olvido respecto de unos responsables muy específicos, los motores de búsqueda, en la ya citada sentencia en el asunto C-507/17, en la que, contra lo que algunos esperaban, ha afirmado que el RGPD no les impone, con base en su artículo 17, la retirada de enlaces a nivel global, sino solo en el ámbito de la Unión Europea, con ciertas excepciones. Como se verá, esta limitación no se justifica por razones de Derecho privado, sino que se sitúa sustancialmente en la esfera del Derecho público y en la idea de *comity* como elemento fundamental en las relaciones internacionales<sup>39</sup>.

**35.** Para comprender mejor las conclusiones que el presente trabajo deriva de esa sentencia, es necesario exponer primero la visión de partida acerca de la finalidad del RGPD y del derecho al olvido dentro de esa norma.

### 3.1. Finalidad del RGPD

**36.** En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cada uno de los derechos recogidos es un objetivo en sí mismo, de manera que, aunque la convivencia de unos y otros exige en la práctica su ponderación en el caso concreto, aquella no recoge los términos en los que debería producirse.

**37.** Por otro lado, cuando su artículo 51 se refiere a su ámbito de aplicación, lo extiende únicamente a “las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión [...]”.

**38.** En ese contexto se sitúa el RGPD, cuya exposición de motivos comienza con la referencia expresa al artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la que trae causa. Sin embargo, a diferencia de ella, el RGPD sí pretende garantizar la protección de datos en su relación con los demás derechos, estableciendo un equilibrio entre ellos. De este modo, el RGPD realiza la ponderación entre la libertad reconocida en el artículo 8 de la Carta y otros derechos o libertades recogidos en esta con los que pudiera entrar en conflicto (señaladamente las libertades de expresión e información del artículo 11 e, incluso, la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16)), ponderación que, en la medida en que se refiere a derechos reconocidos en aquella se limita a su mismo ámbito espacial, obligando solo a las instituciones de la Unión Europea y a los Estados miembros.

<sup>39</sup> Sigue con esto la solución propugnada por G. VAN CALSTER, “Regulating the internet. Prescriptive and Jurisdictional Boundaries to the EU’s right to be forgotten”, 2015, disponible en <https://ssrn.com/abstract=268611>, pp. 28 y 29.

39. Más en concreto, mientras la Carta reconoce la protección de datos de carácter personal, estableciendo de manera unívoca un nivel mínimo de control del individuo sobre sus datos personales, el RGPD pretende garantizar que ese objetivo se alcanza en armonía con otros derechos y libertades fundamentales y establece, a través de legislación secundaria, la manera de alcanzar ese equilibrio, creando para ello lo que algún autor ha calificado de micro-derechos que delimitan el alcance de la libertad contemplada en el artículo 8<sup>40</sup>.

40. Como consecuencia, se crea un derecho a la protección de datos de dimensión europea y sujeto a los límites geográficos del territorio de la Unión, de tal manera que la concepción que de él se tenga y de sus relaciones con otros derechos será propia de ésta y, en principio, uniforme en los Estados miembros, salvo en los casos en los que el propio RGPD permite discrepancias.

41. Esta afirmación general se extiende especialmente al derecho al olvido, con la consecuencia de que, desde esa perspectiva, la concepción territorial del derecho al olvido recuerda a la de los derechos de propiedad intelectual e industrial que, como es conocido, limitan su alcance al territorio del Estado que los reconoce o, en caso de existir un texto europeo que pretenda una protección unitaria, al territorio de la Unión o de los Estados que participan en el texto en cuestión. Las consecuencias de esta concepción sobre las reglas de Derecho internacional privado y el paralelismo de este planteamiento con el del derecho al olvido se abordan en el epígrafe 4.

### 3.2. La posición del TJUE

42. Tras la sentencia en el asunto C- 131/12, Google/AEPD y Mario Costeja, parte de la doctrina se hizo eco de algunos de sus problemas de implementación y, en concreto, de la cuestión a la que se refiere este trabajo y que la propia sentencia no resolvía: una vez admitido que los gestores de motores de búsqueda eran responsables del tratamiento y que frente a ellos se podía ejercer el derecho de supresión o derecho al olvido, se hacía necesario determinar si este se debía limitar al ámbito estatal o si era posible su extensión a otros Estados.

43. Los autores que se ocupaban de esta materia no proporcionaban una respuesta unívoca, si bien en su mayoría coincidían en que en algunas circunstancias podía estar justificada una supresión global de enlaces. Entre los elementos a tener en cuenta para valorar la situación se incluían aspectos como el interés potencial que otros Estados pueden tener en relación con el contenido cuya supresión se solicita (si se toma como ejemplo el caso que dio lugar a la sentencia en el asunto mencionado al inicio de este epígrafe, no parece que la información cuya supresión se solicitaba fuera particularmente relevante para posibles usuarios de internet fuera de la Unión europea, o, incluso, fuera de España. A cambio, en otros supuestos, el interés será mayor: piénsese, por ejemplo, en una persona que se ha trasladado a vivir al extranjero o, incluso, que tiene una dimensión pública); el impacto adverso que pueda tener una supresión meramente local en atención a las circunstancias del caso concreto; la cuestión de hasta qué punto la norma cuyo efecto extraterritorial se pretende es compartida por otros Estados y, por último, la presencia de otros factores de conexión relevantes con el Estado que quiere imponer su ley<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> J. AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law. From Individual Rights to Effective Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 69-70. Sobre este concepto de micro-derechos: C. LAZARO/D. LE MÉTAYER, "Control over personal data: true remedy or fairy tale?", 12 *SCRIPTed*, 2015, <https://script-ed.org/article/control-over-personal-data-true-remedy-or-fairy-tale/>

<sup>41</sup> B. VAN ALSENOY/M. KOEKKOEK, "Internet and Jurisdiction...", cit., pp. 117-119. Desde otro planteamiento, algunos autores ponen en duda la premisa de este debate y concluyen que a una mayor extensión geográfica del derecho al olvido no le sigue necesariamente una merma de la libertad de expresión e información (K. BYUNG-CHEOLI/K. JINYEUB, "The Economics of the Right to Be Forgotten", *Journal of Law and Economics*, 60 (2), 2017, pp. 335-360), en contra de lo sostenido por el Abogado General Szpunar en sus Conclusiones a la sentencia en el asunto C-507/17 que ve un riesgo de nivelar a la baja en detrimento de la libertad de expresión la ponderación entre derechos si se exige la retirada global de enlaces (apartado 61).

44. En este contexto, el TJUE vino a hacer frente a la cuestión en el asunto C-50//17. En el caso, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) requirió a Google, que había estimado la solicitud de una persona física para que se suprimieran de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces que dirigían a una serie de páginas web, para que aplicase esta suspensión respecto de todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda. Google se limitó a suprimir los enlaces de los resultados obtenidos a través de las búsquedas efectuadas desde los nombres de dominio correspondientes a las extensiones de su buscador en los Estados miembros de la Unión Europea y propuso un mecanismo de bloqueo geográfico consistente en eliminar la posibilidad de acceder desde una dirección IP localizada en el Estado de residencia del interesado a los resultados obtenidos a raíz de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, independientemente de la extensión del motor de búsqueda solicitada por el internauta. Dado que CNIL consideró estas medidas insuficientes, impuso a Google una sanción, cuya nulidad ésta solicitó al Conseil d'État, que, a su vez, planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE.

45. El objeto de estas cuestiones no era otro que determinar el alcance geográfico de la obligación de supresión de enlaces, planteando una triple alternativa: su alcance global, un alcance limitado al territorio de la UE o, incluso, un alcance limitado al territorio del Estado miembro en que se haya presentado la solicitud, combinándola, en su caso, con un mecanismo de bloqueo geográfico.

46. Si bien el supuesto se planteaba en un contexto en el que todavía resultaba de aplicación la Directiva 95/46, el TJUE extendió su sentencia al RGPD, a fin de proporcionar una respuesta útil. Tras constatar que retirar los enlaces de todas las versiones de un motor de búsqueda responde plenamente al objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de datos personales en toda la Unión, el TJUE concluye, sin embargo, que del tenor de los artículos 12, b), y 14, 1,a de la Directiva 95/46 y del artículo 17 del RGPD no se desprende que se haya optado por atribuir a los derechos consagrados en estas disposiciones un alcance que vaya más allá del territorio de los Estados miembros y que haya pretendido imponer a los gestores de motores de búsqueda la obligación de retirar enlaces también de las versiones nacionales de su motor de búsqueda que no correspondan a los Estados miembros<sup>42</sup>. No obstante, esa medida debe combinarse, en su caso, con otras que, “con pleno respeto de las exigencias legales, impidan de manera efectiva o, al menos, dificulten seriamente a los internautas que efectúen una búsqueda a partir del nombre del interesado desde uno de los Estados miembros el acceso, a través de la lista de resultados que se obtenga tras esa búsqueda, a los enlaces objeto de la solicitud de retirada”<sup>43</sup>.

47. A esa conclusión llega el TJUE partiendo de la constatación de las diferencias en el tratamiento del derecho a la retirada de enlaces en muchos terceros Estados, respecto de lo previsto en la legislación de la Unión Europea. A ello añade (i) que el derecho a la protección de los datos personales no es absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales<sup>44</sup>, sobre la base de un criterio de proporcionalidad equilibrio que varía significativamente en las distintas partes del mundo; (ii) que el legislador de la Unión ha establecido en el artículo 17 del Reglamento el equilibrio entre el respeto a la vida privada y la protección de datos personales y la libertad de información de los internautas, que es válido para la Unión, pero no extensible a otros ámbitos geográficos; (iii) que, como consecuencia de lo anterior, si bien el RGPD proporciona a las autoridades de control de los Estados miembros instrumentos y mecanismos de cooperación para llegar a una decisión común basada en el equilibrio entre los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales y la libertad de información, no los prevé fuera de la Unión.

<sup>42</sup> Considerando 62.

<sup>43</sup> Considerando 70.

<sup>44</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 2010, . C92/09 y C93/09, *Volker*, ECLI:EU:C:2010:662, considerando 48 y Dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, ECLI:EU:C:2017:592, apartado 136.

48. La referencia a los mecanismos de cooperación resulta más relevante de lo que puede parecer a partir de una primera lectura de la sentencia, puesto que a través de ellos se pretende garantizar la aplicación uniforme del RGPD que, como se verá, tiene consecuencias en las cuestiones que se analizan en las páginas siguientes. Se trata de los mecanismos previstos en los artículos 56 y 60 del RGPD que, para los tratamientos transfronterizos, y con reserva de lo dispuesto en el artículo 56, 2, prevén un procedimiento de cooperación entre las autoridades de control interesadas, que deben acudir a él para llegar a un consenso y a una decisión única, que vincula a todas esas autoridades y cuyo cumplimiento debe garantizar el responsable del tratamiento en las actividades de tratamiento en el contexto de todos sus establecimientos en la Unión Europea. No se extiende, en consecuencia, a quienes actúan sin tener en ella un establecimiento. El artículo 61.1 exige, además, que las autoridades de control se faciliten información útil y se presten asistencia mutua a fin de aplicar el RGPD de manera coherente en toda la Unión Europea, para lo que se establece un “mecanismo de coherencia” en los artículos 63 y siguientes<sup>45</sup>. Así pues, este marco reglamentario proporciona a las autoridades nacionales de control los instrumentos y mecanismos necesarios para conciliar los derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales del interesado con el interés del conjunto del público de los Estados miembros en acceder a la información de que se trate y, de este modo, para poder adoptar, en su caso, una decisión sobre la retirada de enlaces que abarque la totalidad de las búsquedas efectuadas a partir del nombre del interesado desde el territorio de la Unión.

#### 4. Un derecho al olvido de dimensión intra-Unión Europea: consecuencias sobre la aplicación de las normas

49. De todo lo anterior resulta el reconocimiento por el TJUE de que del RGPD (y antes de la Directiva) nace un derecho al olvido limitado al ámbito territorial de la Unión Europea. Paralelamente, se acepta que el contenido que se atribuye al derecho a la protección de los datos personales puede ser distinto en otros Estados, que pueden incluso negar la existencia del derecho al olvido.

50. La territorialidad se predicaría no respecto de cada Estado miembro individualmente considerado, sino de toda la Unión Europea, que crea de este modo un derecho unitario que no permite limitar el acceso a la información de quienes pretenden acceder a ella desde terceros Estados .

51. Desde esta perspectiva, el límite territorial que se impone al derecho al olvido viene a completar, al menos en lo que a dicho derecho se refiere, al artículo 3 del RGPD, de manera que este se aplica a las situaciones que contempla (responsable o encargado con establecimiento en la Unión europea y supuestos en los que, sin estar establecido en ella, se dan las circunstancias recogidas en su apartado 2) con un requisito adicional: solo en los Estados miembros de la Unión Europea.

52. A partir de esta limitación, queda abierta la cuestión de cómo resolver las situaciones no cubiertas por la norma: aquellas en las que, aunque se cumplen las condiciones del artículo 3, la protección se pretende para fuera de la Unión Europea. Dado que estos casos quedarían fuera del alcance del artículo 17 del RGPD, es necesario determinar cuál sería el ordenamiento aplicable en el supuesto de que la cuestión se planteara a un tribunal español.

53. Las consecuencias de esta configuración sobre la aplicación de las distintas leyes nacionales de protección de datos en las relaciones *ad extra* (Unión Europea- terceros Estados) se pueden analizar desde una doble perspectiva. La más evidente parte de un razonamiento de Derecho público, que consi-

---

<sup>45</sup> Junto a ello, el artículo 66 establece un mecanismo de urgencia que permite que una autoridad de control adopte medidas provisionales destinadas a producir efectos jurídicos en su propio territorio cuando considere que es urgente intervenir para proteger los derechos y las libertades de los interesados. Estas medidas solo se pueden adoptar por un período de validez determinado que no podrá ser superior a tres meses.

dera al artículo 3 del RGPD como una norma de extensión que se limita a establecer el alcance territorial del texto europeo sin pretender resolver un problema conflictual y, en consecuencia, sin que pueda servir para determinar qué ley aplicar cuando el RGPD no resulte aplicable. Pero es posible también una segunda lectura, conflictualista, que extrae consecuencias propias de Derecho internacional privado de la decisión del TJUE.

#### 4.1. Primera perspectiva: lectura desde el Derecho internacional público

54. Desde esta perspectiva, cual sea el Derecho a aplicar en aquellos casos en los que, para decidir sobre el derecho al olvido, el RGPD no resulte de aplicación según los criterios acumulados que han sido expuestos, es una cuestión no resuelta.

55. La cuestión puede entenderse de manera más gráfica si se aplica la tradicional distinción anglosajona entre *prescriptive jurisdiction*, entendida como el poder del Estado de dictar leyes, *adjudicative jurisdiction* (o *judicial jurisdiction*), que se refiere al poder estatal de decidir, a través de sus órganos judiciales, en asuntos con un elemento extranjero y *executive jurisdiction*, entendido como la potestad de ejecución del Estado. Si bien el artículo 3 del RGPD parece responder a la primera de estas categorías, la cuestión que aquí nos ocupa se enmarca en la esfera de la tercera y pone de manifiesto que no necesariamente los tres aspectos de la situación tienen que estar unidos.

56. De este modo, si bien es razonable entender que si un Estado puede legislar sobre una situación y sus tribunales pronunciarse sobre ella, puede también ese Estado pretender que las consecuencias de su regulación se apliquen en el extranjero, sin que las dificultades que esa ejecución puede presentar sean necesariamente un motivo para que sus tribunales dejen de ejercer la *executive jurisdiction*, lo cierto es que, en la práctica, hay circunstancias que aconsejan una cierta autolimitación<sup>46</sup>. Esa autolimitación es la que establece el TJUE cuando aborda la cuestión del ámbito de aplicación espacial del derecho al olvido.

57. En esta línea, en la medida en que la principal razón por la que no extendemos la concepción de derecho al olvido que resulta del RGPD es la *comity*, ésta no es un obstáculo en aquellas situaciones en las que los ordenamientos de los terceros Estados en los que se pretendería la desindexación resultan compatibles con aquella concepción. Siendo así, sería posible para un tribunal europeo extender el derecho al olvido y, con él, la ponderación de intereses que hace el reglamento a Estados no miembros de la Unión Europea, en la medida en que tal extensión del derecho no choque con los parámetros nacionales de ese tercer Estado.

58. No obstante, incluso visto desde esa perspectiva, el análisis se acerca al que sería propio del Derecho internacional privado porque puede considerarse que no se trata tanto de que se extiendan los efectos del RGPD fuera de la Unión Europea, como que, de facto, estemos dando entrada al ordenamiento de ese tercer Estado, de manera que la exigencia de desindexación es posible no por mandato del RGPD, sino porque es, cuanto menos concurrentemente, bien una exigencia, bien una posibilidad admitida por la ley local (la ley del territorio para el que se solicita la desindexación). Por ello también, cuando esa ley local no admite la desindexación, no cabe exigirla.

#### 4.2. Segunda perspectiva: lectura desde el Derecho internacional privado

59. En línea con lo que se viene señalando, es posible también realizar una lectura de la materia que aquí se analiza utilizando para ello categorías propias del Derecho internacional privado. Esta

<sup>46</sup> Véase sobre esta cuestión G. VAN CALSTER, “Regulating the internet...”, cit.

lectura no se aborda en la decisión del TJUE en el asunto C- 507/17, ni tampoco en la concepción que de esta cuestión tenía el legislador cuando redactó el RGPD, pero puede resultar interesante, al menos como perspectiva de análisis.

60. La visión conflictualista se aborda en algunos trabajos doctrinales, desde luego cuando se trata de determinar, dentro de los márgenes que permite el RGPD, qué ley nacional resulta aplicable<sup>47</sup>, pero también cuando se trata de las relaciones *ad extra*. Así, algún autor ha defendido la concepción del artículo 3 del RGPD como norma de conflicto bilateralizable, que concede al interesado el Derecho a escoger, cuando las conexiones que este artículo recoge se verifican en terceros Estados, cualquiera de las leyes a las que conducen<sup>48</sup>. No es esta la interpretación que se adopta en este trabajo, que por otra parte tiene una pretensión más limitada, restringida al derecho al olvido.

### A. La ley del Estado para el que se reclama la protección

61. Como se ha apuntado en páginas anteriores, la concepción de un derecho al olvido de alcance territorial, cuyos contornos fija el RGPD para el conjunto de la Unión Europea, recuerda a la de los derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>49</sup>. Respecto de estos también se predica una extensión territorial, sea de ámbito estatal, sea, cuando hay un texto reglamentario europeo que les reconoce un efecto unitario para todo el territorio de la Unión Europea, de ámbito supraestatal.

62. En Derecho internacional privado la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual se traduce, en el ámbito del Derecho aplicable, en la aplicación de la ley para cuyo territorio se reclama la protección, que rige tanto para las cuestiones relativas a la validez de los derechos<sup>50</sup>, como para las que se refieren a su violación<sup>51</sup>. De esta forma, quien considera su derecho vulnerado por la publicación sin su consentimiento de ejemplares de su obra impresa en Francia verá cómo se aplica el Derecho francés al enjuiciamiento de dicha vulneración y a las consecuencias de la misma. Si, por el contrario, esa protección se solicita para España, será el Derecho español el aplicable. Siendo así, se produce un efecto mosaico que obliga a aplicar varias leyes distintas si se persigue una protección global del derecho, con la consecuencia, además, de que cada una de ellas puede perfilarlo con distintos contornos o incluso no reconocerlo en ciertas circunstancias. La cuestión se vuelve más compleja cuando tal publicación se produce a través de la web, pero también en este caso la consecuencia es que puede resultar potencialmente aplicable el Derecho de todos los Estados en los que esa obra resulta accesible<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> M. MANTOVANI, “Horizontal conflicts of Member States GDPR-complementing laws: the quest for a viable conflict-of-laws solution”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, núm. 3, pp. 535-562; J. OSTER, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im Datenschutz”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2021. Núm. 2, pp. 275-305.

<sup>48</sup> Ver, por ejemplo, C. WENDERHORST, que apunta la posibilidad de considerar el artículo 3 del RGPD como una norma de conflicto multilateral, que operaría, no obstante, solo en el caso de que las dos conexiones a las que se refiere se verificaran fuera de la Unión Europea, otorgando al interesado la posibilidad de escoger entre las leyes estatales de cualquiera de los Estados a los que éstas pudieran conducir (“Digitalgüter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2020, núm. 6, p. 493). Se trata de una construcción que, más que atender al concepto de una norma de conflicto multilateral, parece responder a la bilateralización de una norma unilateral.

<sup>49</sup> Este paralelismo, que en ningún caso debe verse como una asimilación, ha sido puesto de relieve por algunos autores, entre ellos B. J. KOOPS, “Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis of the Right to be Forgotten in Big Data Practice”, *ScriptEd*, 2011, vol. 8, núm. 3, pp. 229-256, espec. p.249; P. BERNAL, “The EU, the US and Right to Be Forgotten”, cit., p. 73.

<sup>50</sup> Artículo 10.4 del CC, según el que “los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española [...]”. Se trata una norma unilateral que se bilateraliza, aplicándose el mismo criterio cuando la protección se pretende para otros Estados.

<sup>51</sup> Artículo 8 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 (Roma II), DOUE L 199, de 31 de julio de 2007. Según este artículo, “la Ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección”.

<sup>52</sup> Sobre estas cuestiones, ver, por todos, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado e internet*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

**63.** El paralelismo es solo relativo, no únicamente por el distinto carácter de los derechos en presencia, sino, sobre todo, porque en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial existe un amplio consenso internacional sobre su protección, de manera que, aunque existen divergencias entre Estados en su regulación, se parte de unos principios mínimos comunes, lo que, como se ha visto, está lejos de ocurrir en el ámbito de la protección de datos.

**64.** No obstante, puede resultar útil trasladar a cuanto aquí nos ocupa ese modelo de análisis, con la conclusión de que quien alega la vulneración de su derecho a la protección de datos personales como consecuencia de la aparición de ciertos datos relativos a su persona cuando se introduce su nombre en un motor de búsqueda, información que resulta accesible desde todo el mundo (al menos potencialmente), resultará protegido por el RGPD solo en el ámbito de la Unión Europea, de manera que el derecho a que esos datos sean eliminados se producirá solo en los nombre de dominio correspondientes a la Unión o a los propios Estados miembros, pero no en los de terceros, sin perjuicio de la posibilidad de usar mecanismos de geobloqueo<sup>53</sup>.

**65.** No se pretende, a través de esta propuesta, defender una calificación de los datos como bienes susceptibles de ser objeto de derecho de propiedad, concepción más propia de la órbita anglosajona<sup>54</sup>, pero no puede dejar de destacarse que esta lectura alternativa que se propone encuentra un encuadre posible tanto en los sistemas que parten de esa concepción, como en la lógica de la Unión Europea, donde prima el carácter de derecho fundamental de la protección de los datos personales, si se parte de la premisa, ya expuesta, de la limitación del derecho desde el propio ordenamiento de la Unión.

**66.** De este modo, la cuestión sería la siguiente: el artículo 3 del RGPD no actúa al margen de las normas de conflicto, sino que se limita a determinar el ámbito de aplicación del texto europeo cuando es llamado por aquéllas, que operan con carácter previo. Dado, según esta lectura, que el propio RGPD no contiene una norma de conflicto para las relaciones *ad extra*, es necesario acogerse a las generales, ya existentes.

**67.** Partiendo de una calificación extracontractual del derecho al olvido, desde la perspectiva española, la norma de conflicto hay que buscarla en el artículo 10.9 del Código Civil, dada la exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)<sup>55</sup> de “los derechos que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad [...]” en virtud de su artículo 1.2.g.

**68.** La referencia del artículo 10.9 del Código Civil a “la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven” como criterio de conexión para determinar la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, es, como es bien sabido un concepto susceptible de interpretaciones que se adecúen a las necesidades de los distintos supuestos<sup>56</sup> y habría que entenderla, cuando lo que se pretende es ejercer el derecho al olvido, como el lugar para cuyo territorio se reclama la protección porque, no existiendo

---

<sup>53</sup> Ver al respecto, A. LÓPEZ TARRUELLA, que plantea la incompatibilidad de los mecanismos de geobloqueo con el Reglamento 2018/302, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, DOUE L 60, de 2 de marzo de 2018 (en “El ámbito territorial de la protección de los derechos de la personalidad en el entorno de internet (a propósito de las sentencias del TJUE de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, Google, y de 3 de octubre de 2019, C-18/18, Glawischnig-Piesczek)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019, núm. 38, p. 35).

<sup>54</sup> Vid. cita 19 *supra*.

<sup>55</sup> Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, (DOUE L 199, de 31 de julio de 2007).

<sup>56</sup> De ello es un claro ejemplo la jurisprudencia del TJUE, que, cuando interpreta ese mismo concepto en aplicación de otras normas, sustancialmente el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012)- Reglamento Bruselas I bis, concreta ese lugar de maneras distintas, pero coherentes entre sí, en función de la naturaleza del litigio de que se trate.

un derecho al olvido de alcance universal, este solo podrá ser vulnerado allí donde existe, de manera que nadie puede pretender violado su derecho a la supresión de enlaces en Estados Unidos cuando este ordenamiento afirma su no existencia.

69. La conclusión es que frente a un responsable o encargado del tratamiento con un establecimiento en la Unión Europea o que dirige sus actividades a interesados en ella (cumpliendo los requisitos del artículo 3) se aplicará el Reglamento cuando la protección se reclame para la Unión Europea y el Derecho de cada uno de los demás Estados en los que se pueda pretender la retirada de enlaces para determinar si esta procede o no. Esta solución se proyectaría no solo a los casos en los que se quiere ejercer el derecho al olvido, sino también a aquellos en los que se reclama una indemnización por el daño que genera no atender a esta petición en un primer momento, cuando debería haberse hecho.

70. El hecho de que las normas de conflicto en esta materia no estén armonizadas en el seno de la Unión Europea podría resultar un obstáculo a este planteamiento, en la medida en que se haría depender la aplicación del RGPD de criterios conflictuales nacionales. No obstante, la aplicación de la *lex loci damni* a los ilícitos extracontractuales es una solución generalmente aceptada en Derecho comparado y la interpretación que de la misma se propone resultaría también admisible en todos ellos, sobre todo en la medida en que resulta, para este caso, de la interpretación de la jurisprudencia del TJUE.

71. En cualquier caso, la interpretación apuntada puede propugnarse como una posible solución de *lege ferenda*, que pasaría por modificar el Reglamento Roma II para eliminar la exclusión de los derechos de la personalidad<sup>57</sup>, estableciendo para la protección de datos una regla especial con el tenor que se viene indicando y sin necesidad de excluir la posibilidad de acudir a la autonomía de la voluntad limitada que reconoce su artículo 14.

## **B. Las excepciones a las que se refiere la sentencia en el asunto C- 507/17**

72. La construcción resulta hasta aquí relativamente simple. No obstante, en la sentencia en el asunto C-507/17, el TJUE añade a la conclusión que hasta aquí se ha expuesto, dos excepciones: no se excluye que, en virtud de la ponderación de derechos realizada según los estándares de protección nacionales, un Estado miembro pueda exigir al gestor del motor de búsqueda que proceda a retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor. Es esta última una consecuencia que el RGPD no exige, pero tampoco prohíbe. En segundo lugar, si bien la retirada de enlaces debe verificarse, en principio, en todos los Estados miembros, el interés del público en acceder a la información puede variar de un Estado a otro, por lo que precisamente en virtud de la ponderación nacional mencionada, en ocasiones cabrá que la obligación de supresión de enlaces se limite al territorio de uno, o varios, Estados. Desde mi punto de vista, y contra algunas reacciones que suscitó la sentencia, resulta más fácil compartir el criterio principal de la sentencia<sup>58</sup> que las dos exclusiones que contempla y, especialmente, la que admite la posibilidad de un derecho al olvido de límite puramente estatal dentro de la Unión Europea.

73. Los casos en los que cada una de estas excepciones se van a aplicar quedan lejos de resultar claros. En primer lugar, y en relación con la primera de ellas, se justifica en que el artículo 17 de RGPD excluye de la aplicación del derecho al olvido, entre otros, el supuesto en el que el tratamiento sea necesario “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información” y que el artículo 85 del mismo texto deja en manos de los Estados miembros la conciliación del derecho a la protección de datos

<sup>57</sup> Exclusión que nunca se debería haber producido (sobre ella, E. TORRALBA; “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho internacional privado”, *InDret*, 2012, <https://indret.com/la-difamacion-en-la-era-de-las-comunicaciones-nuevas-perspectivas-de-derecho-internacional-privado-europeo/>).

<sup>58</sup> En contra, J. GLOBONICK, “The Right to Be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and others (C-136/17) and Google v CNIL (C-507/17)”, *GRUR International*, 2020, 69(4), p. 386.

personales en virtud del Reglamento y el derecho a la libertad de expresión e información, conciliación que deberá hacerse “por ley” y podrá suponer excepciones a los derechos contenidos en el artículo 3, entre ellos el derecho al olvido.

74. Es decir, el RGPD establece una ponderación entre esos derechos, pero no excluye que los Estados miembros puedan, en ciertos casos, atribuir un peso mayor o menor a cada uno de los derechos en liza y “salir”, en consecuencia, del denominador común constituido por el texto europeo. Si se tiene en cuenta el mecanismo de cooperación entre autoridades que el RGPD prevé y al que se ha hecho referencia, puede pensarse que estas situaciones se producirán solo cuando aquella no fuera posible y, en consecuencia, en supuestos excepcionales. En esas circunstancias cabría entender que las reglas estatales que responden a una ponderación de derechos fundamentales y que no pueden coordinarse con las establecidas en otros Estados miembros, resultarían tan relevantes para ese Estado que se impondrían a sus tribunales en tanto que normas de policía.

75. En el contexto en el que nos situamos, en el que no resulta de aplicación el Reglamento Roma II, no es posible acudir a su artículo 16 para justificar a través de él el recurso a la ley del foro en tanto que “ley de policía”<sup>59</sup>, si bien esta posibilidad cabría de admitirse la solución de *lege ferenda* antes expuesta. En todo caso, al mismo resultado se puede llegar en el contexto de las normas conflictuales de Derecho autónomo, si se tiene en cuenta que, en los casos excepcionales a los que se está haciendo referencia, el foro estaría proyectando su concepción de sus derechos fundamentales como regla internacionalmente imperativa. Siguiendo esta construcción, incluso de entender que se sigue la regla del Estado para el que se reclama la protección y que, por ejemplo, esta regla condujera a la aplicación de la ley estadounidense, con la consecuente negativa a la retirada de enlaces, el Derecho español podría justificar la exigencia de una retirada global.

76. Si se piensa en las situaciones en las que se puede plantear la situación descrita, una posible lectura de esta excepción consiste en entender que el TJUE está considerando el derecho al olvido no como un derecho autónomo, en el sentido en que se ha venido describiendo hasta ahora, sino como un mecanismo coadyuvante en la defensa de otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, por ejemplo. Recuérdese que la finalidad del RGPD es salvaguardar todos los derechos y libertades fundamentales en el contexto del tratamiento de los datos personales<sup>60</sup>.

77. Desde esa perspectiva, el derecho a la protección de datos en ocasiones entra en conflicto con otras libertades, como la libertad de expresión e información, y en otras confluye, en su necesidad de defensa, con la de otros derechos, como el derecho a la intimidad. Esto ocurre, por ejemplo, en un supuesto de difamación en el que los contenidos difamatorios se difunden a través de la web, a partir de la búsqueda del nombre de una persona. La protección de los datos operaría incluso sin la calificación de difamatoria de la información y, en consecuencia, sin necesidad de que ésta cause un daño al individuo. El control sobre los propios datos justifica que un individuo tenga derecho a la supresión de los mismos, simplemente porque no quiere que sean accesibles al público y, en tales casos, el derecho se verá limitado en el sentido establecido en el artículo 17 del RGPD y tendrá el alcance territorial intra-Unión Europea que el TJUE le atribuye. Si no se trata solo de una voluntad de control, sino que está en juego asimismo el derecho a la propia imagen, la cuestión se plantea en otros términos, que exceden del RGPD y que dejan mayor margen de maniobra a los Derechos nacionales, en la medida en que la propia Unión Europea no ha hecho una ponderación de intereses a través de legislación secundaria, similar a la que el RGPD hace cuando se trata del derecho contenido en el artículo 8 de la Carta<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Según este “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 obligación extracontractual”.

<sup>60</sup> J. AUSLOOS, *The Right...*, cit., p. 82.

<sup>61</sup> Desde esta perspectiva podría analizarse, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 en el asunto C-18/18, *Glaswisching-Piesczek*, en la que el TJUE acepta la retirada global de enlaces, si bien sujeta su afirmación a no pocas

78. Más difícil resulta el encaje de la segunda de las excepciones: la posibilidad de que en ocasiones la retirada de enlaces se limite al territorio de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea. Incluso si se parte de la base de que esto solo resulta planteable en situaciones excepcionales, la postura sostenida por el Abogado General Szpunar en sus conclusiones<sup>62</sup> se acomoda mejor a la naturaleza y la finalidad del RGPD. Según este, cuyas conclusiones se referían a la Directiva 95/46, dado que esta “tiene por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Unión instaura un sistema completo de protección de datos que rebasa las fronteras nacionales” y se enmarca en una lógica de mercado interior que implica un espacio sin fronteras interiores, “una retirada de enlaces a nivel nacional iría en contra de ese objetivo de armonización y efecto útil de las disposiciones de la Directiva 95/46”. De ser de aplicación el RGPD, añade, la cuestión ni siquiera llegaría a plantearse, dado que este es directamente aplicable en los Estados miembros y, además, trasciende del planteamiento del mercado interior y, con base en el artículo 16 del TFUE, pretende instaurar un sistema completo de protección de datos personales en la Unión Europea<sup>63</sup>.

79. Las razones por las que el TJUE se separa de esta postura invocando, de nuevo, el artículo 85 del RGPD, no resultan suficientemente explicadas en la sentencia y parece que la retirada solo parcial de enlaces se debería reservar para situaciones que pudieran calificarse de “importancia menor”, con todas las dificultades que encierra la precisión de este concepto. La referencia del tribunal al citado artículo 85 hace pensar que, de nuevo, aquí habría que aplicar un criterio conflictual, de manera que si en el Estado miembro en el que se pide la retirada de los enlaces se entiende que basta con hacerlo en él y no en otros Estado, la cuestión no se pueda decidir únicamente en aplicación de la ley del foro, sino teniendo en cuenta la respuesta a la que conducirían las leyes de los demás Estados miembros. No obstante, no parece que sea eso lo que deba inferirse de la sentencia, sino únicamente la exigencia de que la autoridad competente realice una valoración en función de las circunstancias del caso concreto, que le permita evaluar el impacto transfronterizo de la situación y decidir una retirada local de enlaces cuando entiende que el impacto en otros Estados miembros es insignificante.

### III. Conclusiones

80. El RGPD ha establecido un sistema completo para la protección de los datos personales en el territorio de la Unión Europea que pretende proporcionar soluciones uniformes en todos los Estados miembros, sin perjuicio de las cuestiones que deja a los Derechos nacionales que hacen que esa uniformidad sea solo relativa.

81. Desde la óptica del Derecho internacional privado, el RGPD plantea interrogantes todavía no resueltos tanto en lo que se refiere a la competencia judicial internacional (piénsese, por ejemplo, en la discusión doctrinal acerca de la compatibilidad de los foros establecidos en su artículo 79 con los del Reglamento de Bruselas I bis o las cuestiones que suscita el ejercicio de posibles acciones colectivas), como desde la del Derecho aplicable en las relaciones *ad intra*, en los supuestos en que el RGPD se re-

---

cautelas, de manera que se aleja solo de manera muy relativa de lo afirmado en el asunto C-507/17 (sobre esta cuestión, P. DE MIGUEL ASENSIO, “Alcance de los mandamientos judiciales de retirada de contenidos ilícitos frente a redes sociales: la sentencia Glaswisching-Piesczek”, en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/10/alcance-de-los-mandamientos-judiciales.html>; A. LÓPEZ-TARRUELLA, “El ámbito territorial...”, cit., pp. 29-34). La cuestión no se plantea en ese caso en aplicación del RGPD, sino de las normas generales de Derecho civil y en el contexto 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 (DOUE L 178, de 17 de julio de 2000) y se refería a la demanda de una política austriaca para que se retirase de Facebook información que le concernía y que parecía vincularla con comportamientos delictivos. Dicha retirada se planteaba como medida cautelar, en tanto que resolvía sobre la acción en cesación con base en el contenido difamatorio de la información.

<sup>62</sup> Conclusiones en el asunto C-507/17, cit.

<sup>63</sup> Apartados 76 y 77 de las Conclusiones.

mite a los Estados miembros. Su todavía reciente adopción, y aún más reciente entrada en vigor, hacen, además, que no dispongamos de criterios jurisprudenciales para dar respuesta a estas cuestiones.

**82.** Además de lo señalado, la posición adoptada por el TJUE en relación con el ámbito de aplicación del derecho al olvido en el asunto C- 507/17, si bien viene a aclarar algunas preguntas que habían quedado sin respuesta tras la sentencia en el asunto C- 131/12, permite plantear otras nuevas.

**83.** Desde esa perspectiva, la ponderación que el RGPD hace entre el derecho a la protección de datos y otros derechos- como la libertad de expresión e información- también reconocidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, se limita al territorio de los Estados miembros de ésta y no pretende imponerse más allá de sus fronteras.

**84.** Siendo así, y en relación con el derecho al olvido, el límite territorial a que lo sujeta el TJUE complementa al artículo 3 del RGPD, con la consecuencia de que el RGPD se aplica a las situaciones que este contempla, pero con alcance solo en los Estados miembros de la Unión Europea, lo que deja abierta la cuestión de qué ordenamiento aplicar cuando el interesado pretende una protección que excede las fronteras de aquella.

**85.** La materia puede analizarse desde una doble perspectiva que se plantea en este trabajo como una contribución al análisis, más que como una respuesta cerrada: la primera conduce a la conclusión de que el RGPD se limita a determinar de manera unilateral su propio ámbito territorial, sin ocuparse de la posible aplicación de otras leyes a las situaciones a las que él mismo no alcanza. La segunda parte del uso del método conflictual y supone considerar que el artículo 3 del RGPD no opera al margen de las normas de conflicto, sino que el texto europeo solo resulta aplicable si lo es en virtud de aquellas y que, únicamente una vez constatado que es así, entraría en juego su artículo 3. Desde esta lectura, se puede hacer cierto paralelismo entre el tratamiento conflictual de las reclamaciones por daños que resultan de la violación de los derechos de propiedad intelectual y las que derivan de la vulneración del derecho al olvido, teniendo en cuenta el alcance territorial de ambos derechos (aunque la del segundo sea una territorialidad que, salvo en supuestos excepcionales, alcanza a toda la Unión Europea). Siendo así, considerar que la norma de conflicto para estos casos es la *lex loci damni*, entendiendo que el daño se produce en el territorio para el que se reclama la protección resulta una interpretación razonable.

VARIA

TRASLADO TRANSFRONTERIZO Y FIJACIÓN TEMPORAL  
DEL CRITERIO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR  
COMO FORO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL:  
COMENTARIO AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE CÓRDOBA DE 16 DE JULIO DE 2020

CROSS-BORDER MOVEMENT AND TEMPORARY FIXING  
OF THE CRITERION OF HABITUAL RESIDENCE OF THE  
CHILD AS A FORUM OF INTERNATIONAL JUDICIAL  
COMPETENCE: COMMENTARY ON THE ORDER OF THE  
PROVINCIAL COURT OF CÓRDOBA OF JULY 16, 2020

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

*Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco  
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido: 04.06.2021 / Aceptado: 21.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6277>

**Resumen:** Esta resolución judicial, dictada en el marco de un litigio derivado de la reivindicación del ejercicio del derecho de visita planteada por la abuela paterna de los dos menores en un supuesto con elemento de internacionalidad, resuelve una cuestión recurrente en estos supuestos y concretada en la necesidad de analizar y fijar temporalmente el momento del cambio de residencia habitual sobrevenido de la madre y de sus hijos menores, que se trasladan desde España a Alemania con consentimiento del padre. Desde una dimensión procesal el Auto resuelve de forma correcta la determinación de qué tribunales son internacionalmente competentes para analizar la modificación de medidas solicitadas y vinculadas al ejercicio de derecho de visita al amparo del artículo 8 del Reglamento 2201/2003.

**Palabras clave:** traslado transfronterizo lícito, factor temporal, residencia habitual del menor, derecho de visita, competencia judicial internacional.

**Abstract:** This judicial resolution, issued in the framework of a dispute derived from the claim to exercise the right of visitation raised by the paternal grandmother of the two minors in a case with an internationality element, resolves a recurring issue in these cases and specified in the need to analyze and temporarily fix the time of the change of habitual residence of the mother and her two minor children, who move from Spain to Germany with the consent of the father. From a procedural dimension, the Order correctly resolves the determination of which courts are internationally competent to analyze the modification of measures requested and linked to the exercise of access rights under Article 8 of Regulation 2201/2003.

**Keywords:** lawful cross-border movement, time factor, habitual residence of the child, rights of access, international jurisdiction.

**Sumario:** I. Consideraciones introductorias. II. Decisiones judiciales susceptibles de modificación en Derecho de familia con factor de internacionalidad. III. Libertad de circulación y cam-

bio sobrevenido de residencia habitual: el interés superior del menor. IV. Atribución competencial frente a distribución: competencia judicial internacional versus competencia territorial interna. V. Consideraciones finales.

## I. Consideraciones introductorias

1. La resolución judicial objeto del presente comentario resuelve de forma acertada un debate procesal recurrente en la práctica litigiosa de crisis matrimoniales con componente de internacionalidad: por un lado, y el marco de una reclamación de modificación de medidas vinculada al ejercicio del Derecho de visita, se plantea una cuestión fáctica sobrevenida y concretada en el cambio de residencia habitual debido a la movilidad transfronteriza de la madre y de sus dos hijos menores, que se trasladan desde España a Alemania con consentimiento del padre (residente en Suiza).

2. Por otro, y desde una dimensión procesal, la decisión judicial analizada resuelve de forma correcta (aunque con una argumentación asistemática y poco diáfana) la concreción de qué tribunales son internacionalmente competentes, al amparo del artículo 8 del Reglamento 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) para acordar la modificación de medidas vinculadas al ejercicio de derecho de visita planteada por la abuela paterna de los dos menores.

4. La sentencia objeto de comentario plantea un problema recurrente en el marco del Derecho de familia internacional como es el derivado de la movilidad transfronteriza de las personas (y en particular, la de los menores) y el momento en el que, en relación a una cuestión litigiosa concreta, haya de precisarse el foro de competencia judicial internacional de la residencia habitual de éstos. Se añade a ello (y este caso es buena muestra de ello) y en atención a las materias abordadas en las mismas, el carácter no definitivo de ciertas sentencias (o de ciertas partes o pronunciamientos de las mismas) dictadas en materia de Derecho de familia.

5. ¿Qué debe entenderse por «resoluciones susceptibles de modificación? Tal y como acertadamente ha señalado A. Rodríguez Benot<sup>1</sup>, se trata de supuestos propios del Derecho de familia en que los cambios de las circunstancias fácticas sobre las que se basó la sentencia dictada por un tribunal de otro Estado resultan frecuentes: pensiones entre cónyuges, alimentos entre parientes, guarda y custodia de menores, protección de éstos o de personas con capacidad judicialmente modificada, entre otras.

## II. Decisiones judiciales susceptibles de modificación en Derecho de familia con factor de internacionalidad

6. Cabría plantear de forma genérica las siguientes cuestiones, para proyectar su respuesta al caso ahora planteado: ¿se puede plantear la modificación de medidas ante otros tribunales de la Unión Europea distintos de los tribunales que dictaron la decisión en primer lugar?; ¿retiene su competencia judicial internacional el tribunal que dictó originariamente la sentencia?

7. En el ámbito de Derecho de familia, la competencia para instar el procedimiento de modificación de medidas no la retiene indefinidamente el juzgado que dictó en la originaria sentencia, la que ahora se solicita modificar. Es decir, dicho juzgado no conserva con carácter exclusivo la competencia de forma que, partiendo de la premisa de que el nuevo centro de vida se ubique en otro Estado de la

<sup>1</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo-2016, p.252.

Unión Europea, los tribunales donde radique esa nueva residencia habitual podrán ser competentes para decretar la modificación de medidas mediante sentencia sobrevenida. En particular, y en relación a aquellas decisiones que afecten a menores, el artículo 9 del Reglamento Bruselas II bis regula bajo qué condiciones mantiene la competencia el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor<sup>2</sup>.

**8.** En efecto, y de conformidad con el art. 8.1 del Reglamento, la regla general en estos casos establece la competencia judicial internacional a favor de los órganos judiciales del Estado Miembro en cuyo territorio el menor tenga su residencia habitual. Sin embargo, si el menor traslada legalmente su residencia habitual de un Estado Miembro a otro, adquiriendo en este último su residencia habitual, entonces los órganos judiciales del Estado de la primera residencia habitual continuarán siendo los competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia (art. 9).

**9.** ¿Qué sucede en el supuesto (planteado en el caso que da origen a la decisión ahora comentada) de que en el transcurso de un procedimiento judicial ya iniciado el menor cambie de residencia de manera legal? En tal supuesto, si el juez del Estado de la primera residencia habitual no se hubiese pronunciado aún, es decir, si no se hubiera dictado sentencia, dicho órgano judicial continuará reteniendo su competencia aunque el menor cambie su residencia en ese interin procesal. Y ello, siguiendo el principio general de *perpetuatio fori*. Este principio se aplica en el marco del Reglamento<sup>3</sup>.

**10.** El supuesto ahora planteado, más allá de la confusa descripción de los hechos probados en la sentencia, se concreta en tres circunstancias relevantes desde el punto de vista procesal: en primer lugar, es importante subrayar que el padre tiene su residencia habitual en Suiza y que la madre y los hijos menores bajo su custodia tienen su residencia en España en el momento del planteamiento de la litis; en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que posteriormente, en pleno desarrollo del proceso, se trasladan a Alemania y fijan su nueva residencia habitual allí (traslado consentido por el padre) y por último, y en tercer lugar, debe atribuirse la competencia judicial internacional atendiendo a las previsiones del Reglamento 2201/2003; solo si, como sucede en el caso ahora resuelto, ésta recae sobre los tribunales españoles (competencia de atribución) podrá descenderse a la concreción de la competencia interna funcional y territorial (competencia de distribución). Ambos planos parecen haberse combinado incorrectamente en el actuar procesal de la parte actora, tal y como a continuación será analizado.

**11.** Se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía» (STJUE de 16-7-2009, asunto C-168/08, Hadadi, s.r., considerando 49). Para el TJUE los foros del art. 3 deben interpretarse de forma autónoma, sin atender al derecho de los distintos Estados miembros. En este caso, la solución al problema planteado pasa por la primacía del criterio de temporalidad, en el sentido de que los Tribunales en que se presente la demanda en primer lugar van a ser los competentes, debiéndose declarar la litispendencia al amparo de los artículos 19 del Reglamento (CE) No 2201/2003 y 12 del Reglamento (CE) No 4/2009.

**12.** Derivado de lo anterior, surge otra cuestión: si el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis y el artículo 3 del Reglamento 4/2009 deben interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales

---

<sup>2</sup> Reglamento 2201/2003, art. 9: “Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. 2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia”.

<sup>3</sup> Sobre el particular, vid. M. A. ARÁNZAZU GANDÍA SELLENS, “El Régimen Europeo de responsabilidad parental: su funcionamiento y las principales propuestas de cambio a raíz de la modificación del Reglamento Bruselas II bis”, *La Ley*, Derecho de familia nº 17, enero-marzo 2018, Editorial Wolters Kluwer.

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 siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución aunque la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro<sup>4</sup>. Esto fue planteado como cuestión prejudicial por un tribunal de Lituania siendo resuelta por la STJUE de 15 de febrero de 2017, en el sentido de que dichos órganos jurisdiccionales no siguen siendo competentes para conocer de esa demanda de modificación de medidas sino que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde resida el menor.

**13.** Esto último implica que cualquier cambio sobrevenido en el devenir de ese litigio (por ejemplo, un traslado consentido a Alemania como en el supuesto recogido en la decisión objeto de este comentario) no afecta a la competencia judicial internacional de origen que recae sobre los tribunales españoles. Tiene tan solo una derivada procesal concreta: que si se notifica para emplazamiento a la madre como parta demandada, tal emplazamiento se dirigirá al nuevo lugar de residencia, que en el caso concreto sería Alemania. Brevemente, la competencia sobre el fondo no cambia, lo que cambia sería el acto de trámite (que es instrumental).

### III. Libertad de circulación y cambio sobrevenido de residencia habitual: el interés superior del menor

**14.** La libertad de movimiento de las personas físicas, padres e hijos menores de edad, -en su consideración como derecho de la persona-, no viene determinada únicamente por el ordenamiento interno español sino también por el Derecho de la Unión europea. De esa manera, puede afirmarse, con F. Salerno, que la libertad de circulación adquiere una dimensión supranacional<sup>5</sup>. El derecho a la libre circulación de las personas se recoge en el art. 18 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea<sup>6</sup>, así como también en el art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>7</sup>. La 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<sup>8</sup>, pretende alentar a los ciudadanos de la Unión Europea a ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros<sup>9</sup>. Por

<sup>4</sup> B. UREÑA CARAZO, “Competencia judicial internacional y modificación de medidas: pautas para su determinación”, *LA LEY*, Derecho de familia nº 17, enero-marzo 2018, Normativa europea sobre Derecho de Familia, Nº 17, 1 de ene. de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

<sup>5</sup> F. SALERNO, “I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: un proposta metodologica”, *RDIPP*, 2014, pp. 773-802. También, en el mismo sentido, R. BARATTA, “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *AEDIP*, t. XVI, 2016, pp. 103-126.

<sup>6</sup> Art. 21 (antiguo artículo 18 TCE) TFUE: “1. *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.* | 2. *Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.* | 3. *A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.*”

<sup>7</sup> Art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.*”

<sup>8</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 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 158 de 30 abril 2004).

<sup>9</sup> En virtud de la Directiva 2004/38/CE, se consideran miembros de la familia a: el cónyuge (también cuando es del mismo sexo, tal como precisó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton*

otra parte, la libertad de circulación y residencia ha de ponerse en relación con lo establecido en el art. 139.2 de la Constitución española, de manera que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas en todo el territorio español.

**15.** Cuando el progenitor cuidador principal, a quien se ha atribuido la guarda y custodia del hijo menor por resolución judicial, expresa su deseo de trasladar su domicilio está ejerciendo su derecho a la libre circulación. Ahora bien, si pretende trasladar también el domicilio del hijo menor, y puesto que dicha decisión no corresponde de forma unilateral al progenitor custodio, su derecho fundamental de residencia, domicilio y deambulación habrá de ser valorado en relación con el interés del menor<sup>10</sup>, que debe ser tutelado de manera preferente. Y al realizar ese juicio de valor, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de adoptar decisiones que tiendan a obtener el mayor beneficio para el menor en caso de traslado de su domicilio, de tal manera que en caso de incidir en el derecho del progenitor en su libertad de movimiento, prevalecerá el interés del menor incluso si ello pudiera comportar un cambio en el régimen de guarda y custodia acordado previamente mediante sentencia judicial. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012<sup>11</sup> precisa:

*“Es cierto que la Constitución Española en su artículo 19 determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”.*

**16.** La mencionada sentencia nº 642/2012, del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, constituye todo un referente de primera magnitud para fijar el régimen jurídico del cambio de domicilio del menor y para calificarlo como un verdadero y auténtico “acto de ejercicio extraordinario de la patria potestad”. Esta línea es constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>12</sup>. Siguen el mismo criterio que la anterior las sentencias del Tribunal Supremo de 20 octubre 2014 y de 18 enero 2017<sup>13</sup>.

**17.** Una vez producida la ruptura del vínculo de pareja, ya sea por divorcio o por cese de la convivencia de la unión de hecho, no es extraño que uno de los miembros de la pareja desee iniciar junto con sus hijos menores una nueva vida en lugares distintos a los que se asentó inicialmente el núcleo familiar, bien por motivos de oportunidad laboral, bien por falta de arraigo o de vínculos culturales o sociales en el lugar del domicilio familiar, bien por la necesidad de cambiar de vida o incluso por haber formado una nueva familia con otra persona residente en una población distinta, o en un país diferente. Puede que se trate de un traslado de domicilio definitivo o que simplemente obedezca a situaciones de carácter temporal, como la realización de un proyecto laboral concreto, o la enfermedad de un familiar cercano que vive en otro lugar, o el cursar estudios por un periodo de tiempo determinado. La realidad es multiforme y supera toda imaginación.

---

[ECLI:EU:C:2018:385]), la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la relación de pareja registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de veintidós años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada; y los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.

<sup>10</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor”, *LA LEY* Unión Europea nº 43, diciembre 2016, nº 43, 30 de dic. de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

<sup>11</sup> STS 26 octubre 2012, nº 642/2012 [CENDOJ: 28079110012012100608].

<sup>12</sup> *Vid.* STS 485/2015 de 10 septiembre 2015 [ECLI: ES:TS:2015:3796]; STS 748/2014 de 11 diciembre 2014 [ECLI: ES:TS:2014:5099]; STS 200/2016 de 31 marzo 2016 [ECLI: ES:TS:2016:1419]; STS 664/2015 de 19 noviembre 2015 [ECLI: ES:TS:2015:492]; STS 230/2018 de 18 abril 2018 [ECLI: ES:TS:2018:1383].

<sup>13</sup> STS 20 octubre 2014, nº 536/2014 [CENDOJ: 28079110012014100504]; STS 18 enero 2017, nº 18/2017 [CENDOJ: 28079110012017100002].

18. En el marco de las controversias que suscita el cambio de domicilio de los menores de edad cuando ya se han adoptado y están en vigor medidas judiciales relativas a la guarda y custodia del menor y al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, y como muy bien ha mostrado la profra. M. HERRANZ BALLESTEROS, son numerosas las resoluciones judiciales que han tenido que pronunciarse al respecto<sup>14</sup>.

19. El Reglamento 2201/2003 recoge el concepto de “responsabilidad parental” y especifica que comprende “los derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor” (art.1.2, 1.3 y 2.7). Como señalan ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>15</sup>, la responsabilidad parental es un concepto muy extenso que incluye entre otros: a) el derecho de custodia y el derecho de visita. El derecho de visita no se define por el Reglamento Bruselas II-bis. Se trata, en todo caso, de un concepto amplio y europeo. El Reglamento no excluye expresamente a los abuelos de la titularidad del derecho de visita.

20. Los trabajos preparatorios del Reglamento demuestran que la intención del legislador europeo fue no restringir el círculo de persona que pueden ser titulares del derecho de visita. Además, el Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental y entre las mismas se incluye de modo inequívoco el derecho de visita. La interpretación amplia de este concepto garantiza la uniformidad de respuesta jurídica en la UE, la inexistencia de decisiones contradictorias y se garantiza el interés del menor, pues los tribunales y autoridades del Estado miembro de su residencia habitual decidirán en torno al derecho de visita sea cual fuere la persona que lo invoca.

21. Por todo ello, el concepto de derecho de visita debe comprender también el derecho de visita de los abuelos (STJUE 31 mayo 2018, C-335/17, *Valcheva*); b) La tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) El acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; f) Las medidas de Derecho Público, como la guarda de un menor o su acogimiento en centros públicos en caso de abandono, siempre que sean medidas que no afecten a su educación y a la salud. El concepto de responsabilidad parental incluye, la patria potestad regulada en el Derecho civil español.

22. La doctrina coincide mayoritariamente en que el legislador ha optado por no definir el concepto, toda vez que el mismo, por su carácter fáctico, debe ser establecido por el juzgador caso a caso, sin condicionamientos previos<sup>16</sup>.

23. Tal como acertadamente indicó la profra. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS<sup>17</sup> el lugar en el que el menor tiene su residencia habitual es algo que puede resultar complejo determinar en numerosas

<sup>14</sup> Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”, *CDT*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 641-651; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Aproximación al procedimiento prejudicial de urgencia a través de la protección internacional de menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 171-189; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Traslado del domicilio del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 567-586; M. Herranz Ballesteros, “La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002, *RDP*, octubre 2002, pp. 754-770; ID., “El Reglamento 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”, *Aranzadi Civil*, nov.2004, pp. 13-31.

<sup>15</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo. II, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2029-2031.

<sup>16</sup> Véase, al respecto, en la doctrina española a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, (Marzo 2014), Vol. 6, nº 1, pp. 7.

<sup>17</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley*, Unión Europea, núm. 21, 2014, pp. 5-22.

situaciones internacionales. Así, no es de extrañar que el TJUE se haya tenido que pronunciar sobre la interpretación del foro de la “residencia habitual del menor” en varias ocasiones. La interpretación del criterio no puede ser distinta en función de cuál sea la disposición aplicable<sup>18</sup>.

**24.** Dos pronunciamientos del TJUE, complementarios, y que analizan situaciones que pueden darse en los conflictos familiares han sido claves en la precisión del concepto de residencia habitual en el ámbito europeo: la primera, la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*<sup>19</sup>, resuelve un caso de un menor que, en el momento del conflicto, tenía claros vínculos con dos Estados miembro diferentes de la Unión (Bélgica y Polonia), tenía la nacionalidad de ambos y había residido alternativamente en los dos países. La segunda, la STJUE de 17 de octubre de 2018, *UD*<sup>20</sup>, resuelve un conflicto en el que se alegaba que la residencia habitual de una menor se encontraba en un Estado europeo en el que nunca había permanecido físicamente, introduciendo la madre en el proceso la alegación de estar sufriendo violencia de género.

El TJUE vino a fijar así los criterios que deben tener en cuenta y cuáles no para establecer la residencia habitual del menor: Primero, la residencia del menor desde su nacimiento hasta separación con sus padres en un lugar concreto. Segundo, qué progenitor ejerce la guarda y custodia desde la separación, vinculado a su actividad profesional, más si se trata de una relación laboral por tiempo indefinido. Por último, el hecho de que el menor mantenga, en dicho lugar, un contacto regular con su otro progenitor, que sigue residiendo en él. Y no se deben tener en cuenta otros tres aspectos. Primero, las estancias aisladas y concretas, generalmente en periodos festivos, que el progenitor que ejerce en la práctica la guarda y custodia del menor ha efectuado, en el pasado, con el menor, en el territorio del Estado miembro de su origen. Segundo, los orígenes del progenitor de que se trata, relacionado con los vínculos de índole cultural del menor. Tercero, la eventual intención de dicho progenitor de establecerse con el menor, en el futuro, en ese mismo Estado miembro.

**25.** El legislador europeo ha seguido la misma línea en sus últimos instrumentos jurídicos, como en el Reglamento 1111/2019<sup>21</sup>. Sin embargo, cabe defender que la concreción de la residencia hubiese sido positiva<sup>22</sup>, y en todo caso no en absoluto incompatible con la posibilidad de aportar una concreción de qué criterios tener en cuenta para ello según la Jurisprudencia del TJUE.

**26.** En efecto, el nuevo 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 que sustituirá al Reglamento 2201/2003, no modifica el enfoque descrito en relación a la residencia habitual, aunque sí introduce criterios hermenéuticos de gran interés en sus Considerandos, cuando, por ejemplo en el nº 20 subraya que para salvaguardar el interés superior del menor la competencia debe en primer lugar determinarse con arreglo al criterio de proximidad. Y con arreglo a éste señala que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes, excepto en ciertas situaciones contempladas en el propio Reglamento, por ejemplo cuando se produce un cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

<sup>18</sup> En concreto, advierte el TJUE que el concepto de la residencia habitual del menor de los arts. 2.11 y 11 RBII *bis* no puede diferir en su contenido del que se retiene en la jurisprudencia anterior, relativa a los arts. 8 y 10 RBII *bis*: vid. § 54 STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-376/14, *C c M*.

<sup>19</sup> Asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

<sup>20</sup> Asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

<sup>21</sup> Reglamento 1111/2019 de 25 de junio de 2019, DOUE L178/1 de 2 de julio de 2019, del texto refundido de Bruselas II bis. Incluye en su artículo 2 una única definición novedosa, la de menor como toda persona que tenga menos de 18 años. La residencia habitual nunca se definió ni el informe inicial de la Comisión de 15 de abril de 2014 ni en la posición del Parlamento de 28 de abril de 2016. Tampoco en la propuesta de la Comisión de 30 de junio de 2016, o el Informe del Parlamento de 21 de noviembre de 2017.

<sup>22</sup> Misma opinión se puede observar en GANDÍA SELLENS, M.A., “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

27. El propio Reglamento señala que cuando no haya aún procedimientos en curso en materia de responsabilidad parental y la residencia habitual del menor cambie a raíz de un traslado lícito del menor, la competencia debe seguirle con el fin de mantener la proximidad. Y en particular, en una previsión que contempla exactamente el caso resuelto en la decisión objeto del presente comentario, señala que para los procedimientos que ya estén en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma.

#### IV. Atribución competencial frente a distribución: competencia judicial internacional *versus* competencia territorial interna

28. La competencia judicial internacional se articula a partir de las normas (de fuente europea, convencional e interna) que integran nuestro sistema de Derecho internacional. Aplicar para esa categoría de competencia judicial internacional una norma de competencia interna supone una merma de la tutela judicial efectiva. En esta línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional. En su sentencia 61/00<sup>23</sup> 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 responden a las exigencias necesarias para que nuestros tribunales puedan asumir la tutela judicial efectiva del caso concreto<sup>24</sup>.

29. En el caso resuelto por la decisión judicial objeto del presente comentario cabe deducir que no existe aparentemente un debate o cuestión acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, teniendo en cuenta que lo que se plantea en el recurso de apelación es una declinatoria por falta de competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Córdoba. La Audiencia Provincial señala que además de que la recurrente validó la competencia de los tribunales españoles, ésta recaía sobre éstos al amparo del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis porque el momento en el que hay que fijar y concretar el foro de la residencia habitual de los menores es el momento procesal de la presentación de la demanda. Y en el caso ahora planteado, en ese momento procesal su residencia habitual era España.

#### V. Consideraciones finales

30. Por todo lo expuesto es razonable concluir que la decisión judicial comentada acierta, es correcta cuando señala que la competencia le corresponderá al Juez que fuera competente en atención al foro o criterio correspondiente a la residencia habitual de los menores al tiempo de la presentación de la demanda, no al tiempo en que se dictó la resolución apelada y que a su vez, la recurrente, una vez que planteó la cuestión de competencia ante el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Córdoba que inicialmente conoció del asunto, hubo de haber instado la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles ya en ese momento, sin que se pueda reservar esa cuestión para posterior momento por preclusión de esa posibilidad.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 61/00, de 13 de marzo de 2000 (BOE, nº 90 de 20 de abril).

<sup>24</sup> M. SABIDO RODRÍGUEZ, “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”, *CDT*, (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 1085-1094.

**31.** Desde nuestra dimensión de análisis internacional privatista debe tenerse presente que el objeto de la *litis* planteada en el recurso de apelación ante la Audiencia de Córdoba es la falta de competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Córdoba; de ello cabe inferir que en realidad no existe *a priori* un debate o cuestión acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Solo cuando esta premisa (competencia de atribución, determinada en este caso por el Reglamento Bruselas II bis) deviene indiscutida podrá abrirse el debate sobre la competencia de distribución interna española (territorial y/o funcional). Pero cuando, como ocurre en este caso, el debate procesal se instala en esta segunda dimensión procesal interna o de distribución no existe en puridad una problemática procesal internacional privatista.

**32.** Las circunstancias procesales y fácticas del supuesto analizado en la decisión judicial comentada conducen sin duda alguna a conferir la competencia judicial internacional a los tribunales españoles: en el transcurso de un procedimiento judicial ya iniciado los menores cambian de residencia de manera legal (con consentimiento del padre); en este supuesto, y dado que el juez del Estado (en este caso, España) de la primera residencia habitual no se hubiese pronunciado aún, es decir, si no se hubiera dictado sentencia, dicho órgano judicial continuará reteniendo su competencia aunque el menor cambie su residencia en ese ínterin procesal. Y todo ello, siguiendo el principio general de *perpetuatio fori*, principio que se aplica en el marco del Reglamento 2201/2003, atendiendo a las previsiones de su art.8.

LA VALIDEZ DE LAS COPIAS DE UN CERTIFICADO  
SUCESORIO EUROPEO: CUESTIONES PRÁCTICAS PARA  
SU CIRCULACIÓN EFECTIVA ENTRE ESTADOS MIEMBROS.  
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 1 DE JULIO  
DE 2021, C-301/2020, *UE Y HC C. VORARLBERGER LANDES*

THE VALIDITY OF COPIES OF A EUROPEAN CERTIFICATE  
OF SUCCESSION: PRACTICAL ISSUES FOR ITS EFFECTIVE  
CIRCULATION AMONG MEMBER STATES. ANALYSIS OF  
THE RESOLUTION OF ECJ OF 1 OF JULY OF 2021, C-301/2021,  
*UE AND HC V. VORARLBERGER LANDES*

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular interina de Derecho internacional privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID:0000-0002-5639-2301

Recibido: 18.07.2021 / Aceptado: 23.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6278>

**Resumen:** El certificado sucesorio europeo es un documento europeo con carácter probatorio que permite que lo que en el mismo se estipula (normalmente probar la condición de heredero en un Estado distinto donde se sustancia la sucesión) tenga validez en otros Estados miembros diferentes al Estado de su emisión. Esos efectos se despliegan por el CSE sin necesidad de tener que recurrir a ningún procedimiento intermedio de reconocimiento o *exequatur*. Además, las autoridades a las que se les presenta el CSE deben aceptar lo que en él se recoge sin poder exigir más documentos de prueba al respecto. Sin embargo, cuando se utiliza en el tráfico jurídico una copia de CSE no todo es tan sencillo. El RES no aclaró muchos aspectos sobre el CSE, lo que ha generado dudas a los operadores jurídicos. La sentencia del TJUE de 1 de julio de 2021 intenta resolver algunas de estas dudas. En particular, esta resolución objeto de análisis intenta poner un poco de luz sobre el art. 70.3 RES precisando aspectos sobre plazos y extensión de validez del CSE que pueden resultar muy útiles en la práctica jurídica de las sucesiones *mortis causa* transfronterizas.

**Palabras clave:** certificado sucesorio europeo, sucesión *mortis causa* transfronteriza, validez de una copia, herencia.

**Abstract:** The European certificate of succession is a European document with a probative nature that allows what is stipulated (usually proving the status of heir in a different State where the succession is taking place) to be valid in other Member States different from the State of its issuance. These effects are deployed by the certificate without having to resort to any intermediate procedure of recognition or *exequatur*. In addition, the authorities to whom the certificate is presented must accept what is contained in it without being able to demand more proof documents in this regard. However, when a copy of the certificate is used in legal traffic, not everything is so simple. The Regulation of succession did not clarify many aspects of the European certificate of succession, which has raised doubts for the legal entities

that the CJEU ruling of July 1, 2021 tries to resolve. In particular, this resolution under analysis tries to clarify the art. 70.3 of the Regulation specifying aspects regarding terms and extension of validity of the certificate that can be very useful in the legal practice of cross-border successions

**Keywords:** European certificate of succession, cross-border succession, validity of a copy, inheritance.

**Sumario:** I. Introducción. II. Aproximación al certificado sucesorio europeo. III. Análisis de la STJUE de 1 de julio de 2021. 1. Hechos del caso. 2. Problemas jurídicos y soluciones del TJUE. IV. Reflexiones finales.

## I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo es analizar la última sentencia del TJUE en relación al certificado sucesorio europeo (en adelante, CSE)<sup>1</sup>. Como ya sostuvimos, el Reglamento *nº 650/2012 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en adelante, RES)<sup>2</sup> no regula todos los detalles del CSE<sup>3</sup> y la ausencia de algunos de ellos se han apreciado cuando se ha empezado a utilizar por los particulares. La práctica ha demostrado que el CSE no es un documento sencillo en la práctica jurídica y que su circulación entre Estados miembros no está exenta de problemas. Prueba de ello es que existen siete resoluciones del TJUE sobre el RES y cinco de ellas son en relación al CSE<sup>4</sup>.

2. Esta sentencia que analizamos permitiría arrojar un poco más de luz sobre el periodo de validez de las copias del CSE. Éste es un aspecto clave para que el CSE pueda ser un instrumento realmente útil en las sucesiones transfronterizas y que no se precisó por el legislador europeo. No hay que olvidar que el CSE en sí mismo no circula, lo que puede circular y el interesado presenta a las autoridades de los Estados miembros donde necesita probar que es heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de una herencia, es una copia del CSE. El original lo custodia la autoridad que lo expide.

Por lo tanto, esta sentencia supone un avance debido a que resuelve tres aspectos:

- 1) La fecha desde que empieza a contar el plazo de seis meses que se señala en el art. 70.3 RES.
- 2) El momento relevante para apreciar la validez de la copia por parte de la autoridad del Estado de destino.
- 3) Los efectos que despliega el CSE sobre las personas a las que menciona.

## II. Aproximación al certificado sucesorio europeo

3. El CSE no se define ni se precisa su naturaleza jurídica por el RES. Esta configuración fue deliberada a pesar de la oposición de países como España o Francia<sup>5</sup>. Sin embargo, en atención a la doc-

<sup>1</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528.

<sup>2</sup> DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

<sup>3</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, "La prueba de la condición de heredero en el Derecho europeo de sucesiones: el certificado sucesorio europeo", *CDT*, vol. 10, nº 2, p. 180.

<sup>4</sup> STJUE 12 Octubre 2017, C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C: 2017:755; STJUE 1 Marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138; STJUE 21 Junio 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485; STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34; STJUE 23 Mayo 2019, C-658/17, *WB*, ECLI:EU:C:2019:444; STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E.*, ECLI:EU:C:2020:569; STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528.

<sup>5</sup> A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones "Mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento (UE) Nº 650/2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 604.

trina<sup>6</sup>, a la jurisprudencia del TJUE sobre el CSE<sup>7</sup> y al propio texto del RES se puede precisar que es un instrumento legal internacional que permite acreditar la cualidad de heredero, legatario, administrador de una herencia o ejecutor testamentario en el supuesto de una sucesión *mortis causa* transfronteriza. El CSE no es un título ejecutivo (art. 70 RES), tampoco su función es sustituir al testamento, al pacto sucesorio o a la declaración de herederos<sup>8</sup>; es un título que permite probar los elementos o aspectos que se recogen en el certificado. Hay que tener en cuenta que el CSE no atribuye la cualidad de heredero ni tampoco es un requisito necesario para poder adquirir una herencia<sup>9</sup>. Cinco son las características que vamos a destacar en relación al CSE:

- 1) *Su utilización se limita a las sucesiones transfronterizas.* El CSE tiene una finalidad muy clara y es la de probar la condición de heredero, legatario, administrador de una herencia o ejecutor testamentario en un país diferente de donde se emite (art. 62.1 RES). El ámbito de aplicación del CSE es el mismo que el del RES por lo tanto el certificado se podría expedir a toda sucesión que caiga dentro del ámbito de aplicación de este último<sup>10</sup>. Uno de los elementos que podría dar lugar a que la sucesión sea considerada transfronteriza es que el causante tenga bienes en diferentes países europeos, es en ese tipo de supuestos en los que el CSE puede resultar realmente útil a los herederos, legatarios, administradores o ejecutores testamentarios. La razón es que se evitaría tener que recurrir en cada Estado miembro donde el finado tenga bienes al procedimiento que la Ley nacional prevé para poder acreditar la condición de heredero. De este modo, en todos los Estados parte del RES (todos los Estados miembros de la UE salvo Irlanda y Dinamarca) se podría utilizar el mismo documento oficial para probar la condición de heredero: el CSE.
- 2) *Es un instrumento alternativo y no obligatorio.* El considerando 69 RES precisa que el CSE no es obligatorio. Por su parte, el considerando 67 destaca su carácter subsidiario. De este modo, las partes legitimadas para su solicitud tendrían tres opciones: 1) acreditar su condición en relación a esa sucesión mediante el CSE; 2) acreditar tal condición mediante un documento público, resolución o transacción judicial; 3) recurrir a una figura nacional, como el *certificat d'heritier* francés o el *Erbschein* alemán.  
Un aspecto a tener presente que remarca el citado considerando 69 es que si los interesados se deciden a utilizar el CSE para probar su condición de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de una herencia, las autoridades o personas a las que se les presente el certificado expedido en otro Estado miembro no pueden negarse a aceptarlo y pedir que otro documento deba acreditar dicha condición.
- 3) *Es un documento oficial.* El CSE no es una resolución judicial, ni tampoco una transacción judicial ni un documento público<sup>11</sup>. La doctrina lo ha definido como un documento oficial

<sup>6</sup> Sin carácter exhaustivo en la doctrina española I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo*, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 69; E. Castellanos Ruiz, “Sucesión hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2417-2418; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 317; Id., “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, Vol. 6, no 1, 2014, p. 37; M. MEDINA ORTEGA, “El certificado sucesorio europeo”, *AEDIPr*, 2011, pp. 907-918; M. REQUEJO ISIDRO, “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *Diario La Ley*, núm. 7185, 2009; En la doctrina extranjera vid. A. DAVÌ/A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, cit., pp. 132-138; F. PADOVINI, “Certificato sucesorio europeo”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO (Coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Guiffré, Milan, 2013, p. 199; P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral Européen, en a. bonoMI/ p. Wautelet, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement no 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 702.

<sup>7</sup> STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755, apartado 59. Sobre esta resolución vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios”, *CDT*, vol. 10, nº 1, pp. 70-93.

<sup>8</sup> Vid. J. GÓMEZ TABOADA, “El certificado sucesorio europeo. Breve aproximación”, en M.E. GINEBRA MOLINS/ J. TARABAL BOSH (Coords.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Bosh, Barcelona, p. 288.

<sup>9</sup> I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 69.

<sup>10</sup> P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 709.

<sup>11</sup> En contra vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 94.

europeo<sup>12</sup>. El CSE es tipo de documento desconocido hasta la fecha que permite la tramitación ágil y rápida de las sucesiones *mortis causa* con repercusión transfronteriza<sup>13</sup>. Para ello el CSE que despliega efectos de forma directa (art. 69 RES), no es necesario que las partes una vez se expide deban acudir a un procedimiento en el Estado de destino para que reconozca sus efectos.

- 4) *Es un documento uniforme*. El legislador europeo al igual que sucede con otros procesos y certificados europeos como el título ejecutivo considera que un aspecto fundamental es que sean lo más uniformes posibles. Así, el sistema de formularios es elegido también para la solicitud y la expedición del CSE. Estos formularios se recogen en el anexo IV y V del Reglamento de ejecución (UE) n.º 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo<sup>14</sup> (en adelante, R. 1329/2014). La configuración del CSE mediante formularios tiene aspectos positivos y negativos. Lo positivo es que se consigue más uniformidad entre Estados miembros. Los formularios tienen poco texto con el fin de que sean lo más parecido posibles con independencia del Estado donde se expidan. Lo negativo es que puede llegar a ser demasiado encorsetado y formalista<sup>15</sup>. No obstante, ya entendimos que el legislador europeo consideraba que el uso del formulario para solicitar el CSE era opcional<sup>16</sup>. En el mismo sentido lo ha confirmado el TJUE en su sentencia de 17 de enero de 2019<sup>17</sup>. Sin embargo, no entendemos tal carácter facultativo en relación al formulario V del R.1329/2014, la autoridad con competencia para emitir el certificado debe utilizar dicho formulario para expedirlo, sin poder recurrir a otra forma. Esto tiene todo el sentido, ya que si cada Estado miembro utilizara una forma diferente para expedir el CSE podría dificultar su circulación, ya que una autoridad de otro Estado miembro si ve que no se corresponde con el formulario normalizado del R. 1329/2014 podría desconfiar.
- 5) *Sus efectos en el tráfico jurídico internacional son limitados*. El CSE debe desplegar los mismos efectos en todos los Estados miembros, siendo indiferente que sea Estado emisor o Estado receptor del certificado. Los efectos que despliega el CSE han sido precisados por el legislador europeo, siendo indiferente que el Estado de recepción cuente o no con figuras similares al CSE<sup>18</sup>. Esos efectos serían<sup>19</sup>: a) permite probar los extremos que constan en el CSE y que se rigen por RES. Esta presunción es *iuris tantum*; b) los terceros de buena fe se protegen con el CSE; d) El CSE legitima para el acceso al registro.

<sup>12</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, Vol. 6, n.º 1, 2014, p. 39.

<sup>13</sup> Considerando 67 RES.

<sup>14</sup> DOUE L 359/30, de 16 de diciembre de 2014.

<sup>15</sup> Así, lo ha apuntado también P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 782.

<sup>16</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, “La prueba de la...”, p. 182. También a favor de esta posición *ad ex. vid.* B. KRESSE, “Art. 65. Application for a certificate”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.P.MANSEL, *The EU Succession Regulation*, Cambridge University Press, 2017, p. 717. En contra *vid.* K. W. LANGE, “Das Europäisches Nachlasszeugnis”, en A. DUTTA/ S. HERRLER, *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, Beck, 2014, p. 163.

<sup>17</sup> STJUE 17 enero 2019, C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34, apartado 28. Sobre esta sentencia *vid.* P. BECKER, “Kein Formblattzwang für Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses”, *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, n.º 4, 2019, pp.133-135; S. MARINO, “Use of standard forms in EU civil judicial cooperation: the case of European Certificate of Succession”, *CDT*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 627-634.

<sup>18</sup> Conclusiones Abogado General M.SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 29 de abril de 2021, C-301/20, ECLI:EU:2021:351, apartado 35.

<sup>19</sup> Para un mayor detalle sobre este particular *vid.* B. KRESSE, “Art. 69”..., pp. 769-794; P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, pp. 780-805.

### III. Análisis de la STJUE de 1 de julio de 2021

#### 1. Hechos del caso

4. Dos herederos (HC y UE) quieren que se les entreguen la mitad de unos bienes consignados bajo depósito judicial por una entidad bancaria (*Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank*) en Austria. Esos bienes pertenecían a dos acreedores por partes iguales, uno de ellos era el padre de HC y UE, el cual falleció en España en 2017. La sucesión de este señor se rigió por el Derecho español debido a que su última residencia habitual se encontraba en España al momento del fallecimiento (art. 4 RES). Los hijos del fallecido persiguen que se les restituyan dichos activos y acuden a tribunales austriacos con una copia de un CSE expedido por notario español para probar su condición de herederos<sup>20</sup>. Esa copia auténtica del CSE contenía en el apartado «es válido hasta» la mención «por tiempo indefinido». Esa mención junto con que el solicitante del CSE sólo era uno de los herederos planteo incertidumbres a los tribunales austriacos en cuanto a su validez tanto en primera instancia (*Bezirksgericht Bregenz*) como en segunda instancia (*Landesgericht Feldkirch*). Para éstos, ese CSE contenía una serie de imprecisiones que hacían dudar sobre su validez e impedían probar su condición de herederos<sup>21</sup>.

5. El asunto llega al TS austriaco en casación y las dudas que se plantea en esencia son tres:

- 1) La validez de una copia de un CSE que no contiene una fecha concreta de expiración.
- 2) A las partes a las que afecta el CSE, si únicamente al solicitante o a todas las personas que en él se mencionan. En este caso particular, el solicitante era sólo uno de los herederos, no los dos.
- 3) El momento temporal en el que esa copia del CSE debería ser válida. Es decir, si esa copia debe ser válida sólo cuando se solicita la liberación de los bienes por los herederos o debería seguir siendo válida también en el momento en el que el juez austriaco dicta la resolución. Esta duda surge debido a que el período de validez de la copia del CSE es de seis meses<sup>22</sup> (art. 70.3 RES) pero no se indica en el RES desde cuando comienza a contar dicho plazo ni tampoco qué momento es relevante para apreciar la validez del mismo.

#### 2. Problemas jurídicos y soluciones del TJUE

6. Los problemas jurídicos que se presentan en la sentencia objeto de análisis serían dos:

- 1) El periodo desde el que comienza a contar ese plazo de seis meses que se indica en el art. 70.3 RES y la extensión de esa validez. Es decir, si la copia del CSE debería ser también válida en el momento en el que la autoridad del Estado requerido resuelve sobre la petición para la que se le presentado el certificado.
- 2) Los efectos que tiene la copia del CSE sobre las personas a las que menciona.

#### A) El periodo de validez de las copias del CSE

7. Como ya se ha adelantado, el CSE funciona mediante copias auténticas y éstas serían válidas durante un período de tiempo limitado. Esto difiere *ad ex.* de otros certificados como el título ejecutivo

<sup>20</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 13.

<sup>21</sup> *Ibidem*, apartado 14.

<sup>22</sup> En un primer momento en la propuesta inicial de la Comisión sobre el RES se señalaba que las copias tendrían una validez de tres mes. Sin embargo, el Consejo de notarios de la UE consideró que ese plazo de validez para la copia era demasiado breve, *vid.* sobre este particular R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en G.KHAIRALLAH/M.REVILLARD, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales. Étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, París, Defrénois, 2010, p. 169.

europeo, donde el documento que circula es el original. El hecho de que en relación al CSE se haya concebido en torno a un sistema de copias se aproxima a los sistemas notariales latinos<sup>23</sup>, donde el notario es el que custodia el original del documento que expide. Se podrían destacar tres ventajas en relación a este sistema de copias en el que se basa el CSE:

- a) *La copia del certificado que circula es bastante precisa con la realidad jurídica.* Es decir, lo que se dispone en el CSE en relación con la sucesión se ajusta de forma considerable a la realidad. Si hubiera cualquier cambio en el original, las personas a las que se les ha expedido un CSE serán avisadas de ello (art. 71. 3 RES), ya que la autoridad emisora tiene una lista de las personas a las que expide copias auténticas del CSE (art. 70.2 CSE).
- b) *Ahorra costes y tiempo a las partes.* El sistema de copias basado en un límite temporal ahorra costes porque si el solicitante o interesado quiere volver a tener una copia válida una vez esta caduca no tiene que volver a probar su condición para solicitar el CSE ni el interesado volver a probar su interés. Esto es una ventaja si se compara con un sistema de temporalidad basado en el certificado en sí mismo. Si esto hubiera sido así, cada vez que expirara la validez del CSE, el heredero interesado en probar tal condición mediante el CSE debería empezar de cero y volver a iniciar el procedimiento de solicitud. Esto hubiera dificultado enormemente la utilidad práctica del CSE en las sucesiones *mortis causa* transfronterizas.
- c) *Hace del CSE un documento dinámico*<sup>24</sup>. Este sistema de copias con fecha de caducidad junto con la posibilidad de modificar el CSE permite que el contenido del certificado pueda ir cambiando y ajustándose a la realidad jurídica. *Ad ex.* la incorporación de nuevos herederos o renunciaciones a la herencia son aspectos que se pueden ir incluyendo en el CSE una vez se ha expedido.

8. Una vez analizadas las ventajas de este sistema de copias con validez limitada en el que se basa el CSE vamos a pasar a analizar dos de las tres cuestiones que debe resolver el TJUE en el asunto objeto de análisis. La primera es en relación a la validez de una copia donde no se señala una fecha concreta de expiración. Para el TJUE que falte esa fecha de expiración no hace inválida a la copia<sup>25</sup>. También se había pronunciado la doctrina en ese sentido<sup>26</sup>. Ese error a la hora de expedir la copia por parte de la autoridad emisora no puede perjudicar a las personas que necesitan utilizar la copia del CSE en el tráfico jurídico. La copia del CSE deja de tener efectos si se suspenden los mismos en atención al art. 73 RES. De hecho, el CSE seguiría siendo válido y desplegaría efectos incluso cuando la autoridad competente que lo expide se ha declarado competente erróneamente<sup>27</sup>. De este modo, una copia del CSE sin fecha concreta de expiración va a ser válida durante un período de seis meses. Establecido lo anterior, el TJUE tuvo que precisar dos extremos más: i) desde cuándo empieza a contar ese plazo de seis meses; ii) cual es el momento clave para apreciar la validez del CSE.

En relación al *primer aspecto*, el TJUE considera que ese periodo de seis meses debe empezar a contar desde el momento en el que se expide la copia<sup>28</sup>. Esto protege al tercero debido a que otorga previsibilidad y seguridad jurídica. Además permite una solución uniforme debido a que pueden circular varias copias del mismo CSE en diferentes Estados miembros. Dichas copias podrían tener un período de validez diferente pero ajustado al mismo criterio, la copia es válida durante seis meses desde que se expide la misma.

En cuanto al *segundo aspecto*, momento temporal preciso para apreciar la validez del CSE, ante el silencio del RES, es necesario fijar los criterios en los que buscar esa respuesta. El Abogado General Sánchez Bordona señala en sus Conclusiones que habría dos vías para llegar a resolver el problema ju-

<sup>23</sup> Vid. A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones "Mortis causa"*..., p. 660; P. WAULETEL, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 807.

<sup>24</sup> J. GÓMEZ TABOADA, "El certificado sucesorio...", p. 290.

<sup>25</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 28.

<sup>26</sup> B. KRESSE, "Art. 70"..., p. 802; P. WAULETEL, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 812.

<sup>27</sup> B. KRESSE, "Art. 69"..., p. 773.

<sup>28</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 28.

rídico planteado<sup>29</sup>: 1) Acudir al Derecho de cada Estado miembro; 2) Acudir al propio RES. El Abogado General y también el TJUE siguen esta segunda opción. A nuestro parecer muy acertada esta posición, ya que resolver en atención a la *lex fori* hubiera restado uniformidad en la aplicación del CSE en un aspecto de bastante transcendencia para su circulación entre Estados miembros.

En particular, el TJUE considera que en atención a la seguridad jurídica y al efecto útil del CSE, que esa validez de la copia se debe exigir al momento de iniciar el trámite o solicitud ante el Estado de destino<sup>30</sup>. Es decir, la autoridad del Estado requerido a la que se le presenta la copia debe verificar la validez de la misma en el momento en el que se le presenta la copia, no siendo relevante la validez de la copia al momento en el que dicha autoridad decide sobre la petición que se la solicitado en base a esa copia. Esta solución es acertada, ya que si se exigiera que la copia del CSE fuera también válida al momento en el que la autoridad competente resuelve, podría dar lugar a que en el caso de que la copia ya no fuera válida la persona que está utilizando el CSE en un Estado diferente a donde se expidió deba volver a solicitar en el Estado de origen otra copia o la extensión de su validez. Esto implicaría retrasos y más costes. No obstante, el TJUE apunta que si la autoridad ante la que se exhibe la copia del CSE tuviera dudas sobre algunos datos que se recogen en el mismo siempre podrá solicitar de forma excepcional que se le entregue una nueva copia o una prórroga a la validez de la misma<sup>31</sup>.

A nuestro juicio esta respuesta que ofrece el TJUE es realmente relevante en la práctica. Esto es así porque la autoridad a la que se le presenta el CSE es en cierto modo lógico que se le plantee esta duda. Es decir, la validez del certificado es relevante al momento de presentarlo para la gestión/solicitud que se quiere realizar en el Estado de destino o la validez del CSE debe ser relevante al momento en la que la autoridad de destino decide sobre esa petición. La realidad es que la autoridad decide en base a un certificado que es muy probable que al momento de decidir ya ni si quiera sea válido. La decisión del TJUE es acertada porque potencia la circulación del CSE entre Estados miembros, aumenta la confianza en relación al uso del certificado y sobre todo reduce los costes para los particulares que deciden utilizar el CSE como instrumento probatorio.

## B) Los efectos vinculantes del CSE en las personas que menciona

9. Las personas legitimadas para solicitar el CSE se mencionan en el art. 63.1 RES. Éstas serían bien los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de una herencia. Como ya sostuvimos<sup>32</sup>, la idea del legislador europeo es que quien solicite el CSE es aquél que lo pueda usar en el tráfico jurídico. Por ese motivo, puede haber otras personas que tienen mucho interés en cómo se resuelva una sucesión *mortis causa*, porque son acreedores del causante, por ejemplo, pero que no van a poder solicitar el CSE<sup>33</sup>. Por lo tanto, el CSE tiene la función que le ha otorgado el RES y no es servir de vía para probar un derecho de crédito de terceros y facilitar así el cobro de deudas transfronterizas<sup>34</sup>.

De este modo, conviene hacer una precisión y es que una cosa es quien puede solicitar y utilizar el CSE en el tráfico jurídico internacional y otra diferente es que hay otros aspectos relacionados con el CSE que sí se van a poder realizar por terceros con un interés legítimo. *Ad ex.* la modificación del CSE o solicitar su nulidad (art. 71.2 RES). Lo mismo sucede con la solicitud de una copia. Ésta se puede

<sup>29</sup> Conclusiones Abogado General M.SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 29 de abril de 2021, C-301/20, ECLI:EU:2021:351, apartado 45.

<sup>30</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 29.

<sup>31</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 36.

<sup>32</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, "Certificado sucesorio europeo", 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*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 337.

<sup>33</sup> B. KRESSE, "Art. 63"..., p. 687.

<sup>34</sup> B. KRESSE, "Art. 63.Purpose of...", p. 687. *Vid.* También, D. STAMATIADIS, "Chapter VI, European Certificate of Succession, Article 63. Purpose of the Certificate", en H. PAMBOUKIS, *EU Succession Regulation No 650/2012: A commentary*, C.H.Beck, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 596.

solicitar por las personas que nombra el art. 63.1 RES pero también por cualquiera que demuestre un interés legítimo (art. 70.1 RES).

**10.** Una vez aclarado las personas legitimadas para solicitar, utilizar, modificar, pedir la anulación del CSE o incluso solicitar una copia nos encontramos en disposición de analizar el segundo problema jurídico. El TJUE debe resolver si los efectos que despliega el CSE (*ex art. 69.3 CSE*) afectarían únicamente al solicitante o a todas las personas que el certificado aparecen<sup>35</sup>. El tribunal de Luxemburgo considera que el CSE despliega efectos en relación a todas las personas que menciona el propio certificado, no limitándose los mismos sólo al solicitante. El razonamiento del TJUE se basa en que el art. 69.3 CSE no exige que esas personas a las que se refiere el citado precepto y que puede nombrar el CSE deban ser también los solicitantes. Además, como hemos señalado, hay que tener en cuenta que el art. 70.1 CSE permite otorgar copias del CSE tanto a personas que menciona el certificado como a personas con interés legítimo, y ni unas ni otras tendrían que ser los solicitantes<sup>36</sup>. De este modo, una persona que nombra el CSE pueda beneficiarse de los efectos del mismo sin necesidad de haberlo solicitado<sup>37</sup>. Si un determinado CSE sólo tuviera efectos en relación a la persona que lo solicita pero no respecto del resto de personas que lo nombra podría dar lugar a una situación estrambótica y es que el nombrado en el CSE debería solicitar respecto a una misma sucesión otro CSE. Por lo tanto, sobre una misma sucesión podría haber varios certificados originales, lo que implicaría un aumento en los costes, restaría agilidad y eficacia que es justo lo que se persigue con el CSE.

#### IV. Reflexiones finales

**11.** Las soluciones que ofrece el TJUE en esta sentencia son muy acordes con el objetivo que se persigue con el CSE. Es decir, facilitar de forma real la sucesión por causa de muerte transfronteriza, la cual en la práctica causa muchas dudas, gastos y lleva mucho tiempo de gestión a las partes implicadas. Los problemas jurídicos que se resuelven con esta sentencia van a permitir que el CSE pueda circular de forma más certera entre Estados miembros. La circulación sin trabas del CSE entre Estados miembros es uno de los grandes retos que persigue el RES. Aún así todavía quedan cuestiones sobre el CSE sin resolver *ad ex.* la validez de una copia de un CSE se puede extender más allá de los seis meses que señala el art. 70.3 RES si una persona con copia del CSE así lo solicita, sin embargo, no se precisa por cuánto tiempo se podría ampliar la validez de la misma. Tampoco el RES precisa el régimen de custodia que debe realizar la autoridad que expide el RES. *Ad ex.* cuánto tiempo tendría que guardar la autoridad que expide el certificado el original. Sobre este particular a día de hoy se tendría que recurrir a la *lex fori* en busca de una solución.

Pero que queden aspectos todavía que planteen dudas sobre la aplicación práctica del CSE no debería sorprendernos. El objetivo del CSE es ambicioso, ya que no es suficiente con la circulación del CSE sin más entre Estados miembros. El CSE debe circular libremente y con los mismos efectos con independencia de cual sea el Estado de emisión y cual o cuales los Estados de destino. En atención a resoluciones judiciales como la que analizamos, la seguridad jurídica y la previsibilidad ganan, quedando la incertidumbre un poco más lejos de todo aquello relacionado con la sucesión *mortis causa* internacional.

<sup>35</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 38.

<sup>36</sup> *Ibidem*, apartado 42.

<sup>37</sup> STJUE 1 julio 2021, C-301/2020, *UE y HC c. Vorarlberger Landes*, ECLI:EU:C:2021:528, apartado 43.

# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL 2020

## CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE 2020

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura*

Recibido: 04.06.2021/ Aceptado: 21.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6279>

**Resumen:** En el período de referencia no se han dictado resoluciones del Comité de Libertad Sindical que afecten al estado español. Tampoco se han evacuado pronunciamientos significativos del TEDH en materia laboral o de protección social. Sí contamos, como suele ser habitual, con numerosas resoluciones del TJUE de contenido social que afectan al estado Español y que pasamos a exponerse seguidamente, ordenándolas, como es tradicional, mediante un criterio estrictamente cronológico.

La **STJUE de 22 de enero de 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín y Ayuntamiento de Madrid***, aborda la eventual discriminación que sufre el funcionario interino que no recibe indemnización al finalizar su relación de servicios, a diferencia de lo que acontece con el personal contratado en régimen laboral.

El **ATJUE de 4 de febrero de 2020 [C-811/18] *KA y INSS y TGSS***, cuestiona la exclusión de los varones del complemento de maternidad que se incorpora en la LGSS para suplementar las pensiones de las mujeres que ha sido madres.

El **ATJUE de 5 de marzo de 2020 [C-861/19] *LJ e INSS*** también cuestionaba la exclusión de los varones del complemento de maternidad.

La **STJUE de 19 de marzo de 2020 [C-103/18 y C- 429/18] *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud***, es una más de las múltiples resoluciones que analizan la irregular contratación temporal por parte de las administraciones públicas, en este caso analizando la perspectiva de la renovación de las sucesivas relaciones de servicios de duración determinada.

La **STJUE de 4 de junio de 2020 [C-588/18] *Fetico y otros c. DIA y otros***, versa sobre el *dies a quo* y el cómputo de los plazos de los permisos laborales retribuidos.

La **STJUE de 16 de septiembre de 2020 [C-462/19] *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia c. Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques y otros***, entiende inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas. Sirve para marcar los límites y las fronteras de la cuestión prejudicial y la legitimación activa de su planteamiento, vedada a órganos administrativos, por más que efectivamente resuelvan conflictos de intereses entre partes.

La **STJUE de 11 de noviembre de 2020 [C-300/19] *UQ y Marclean Technologies c. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial*** analiza el período de referencia que debe tomarse en consideración cuando se realicen despidos colectivos.

**Palabras clave:** funcionario interino. Indemnización por finalización de servicio, complemento de maternidad. No es razonable excluir a los varones de su percibo, contratación por las administraciones públicas por motivos de urgencia o necesidad de larga duración, prevención de los abusos y limitaciones a esta práctica, permiso laboral retribuido: *dies a quo* y cómputo, cuestión prejudicial: límites y competencias, despidos colectivos, periodo de cómputo de referencia, cuestión prejudicial. Inadmisibilidad en su planteamiento por órganos administrativos, despidos colectivos: periodo de cómputo y de retroacción.

**Abstract:** In the reference period, no resolutions have been issued by the Committee on Freedom of Association that affect the Spanish state. Nor have significant pronouncements of the ECHR been issued on labor or social protection matters. We do have, as is usual, numerous resolutions of the CJEU of social content that affect the Spanish state and that we will now expose, ordering them, as is traditional, by strictly chronological criteria.

The STJUE of January 22, 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín and Madrid City Council*, addresses the eventual discrimination suffered by the interim official who does not receive compensation at the end of his service relationship, unlike what happens with the personnel hired under the labor regime.

The ATJUE of February 4, 2020 [C-811/18] *KA and INSS and TGSS*, questions the exclusion of men from the maternity supplement that is incorporated into the LGSS to supplement the pensions of women who have been mothers.

The ATJUE of March 5, 2020 [C-861/19] *LJ and INSS* also questioned the exclusion of men from the maternity supplement.

The STJUE of March 19, 2020 [C-103/18 and C-429/18] *Sánchez Ruiz and Fernández Álvarez and others v. Madrid Health Service* is one of the many resolutions that analyze irregular temporary hiring by public administrations, in this case analyzing the perspective of the renewal of successive relationships of fixed-term services.

The AJEU of June 4, 2020 [C-588/18] *Fetico y otros v. DIA and others*, deals with the dies a quo and the calculation of the terms of paid work leave.

The STJUE of September 16, 2020 [C-462/19] *National Markets and Competition Commission c. The National Association of Stevedoring Companies and Ship Consignees and others*, deems the question raised inadmissible. It serves to mark the limits and borders of the preliminary question and the active legitimation of its approach, prohibited to administrative bodies, even if they effectively resolve conflicts of interest between parties.

The STJUE of November 11, 2020 [C-300/19] *UQ and Marclean Technologies v. The Public Prosecutor's Office and the Salary Guarantee Fund* analyzes the reference period that must be taken into consideration when collective redundancies are carried out.

**Keywords:** Acting official. Indemnification for termination of service, maternity supplement, it is unreasonable to exclude males from their pay, Hiring by public administrations for reasons of urgency or long-term need. Prevention of abuses and limitations to this practice, Paid work leave: dies a quo and computation, Prejudicial question: limits and powers, Collective layoffs. Reference computation period. prejudicial question, Inadmissibility in its approach by administrative bodies, collective dismissals: calculation and feedback period.

**Sumario:** I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. STJUE de 22 de enero de 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín y Ayuntamiento de Madrid*. 2. ATJUE de 4 de febrero de 2020 [C-811/18] *KA y INSS y TGSS*. 3. ATJUE de 5 de marzo de 2020 [C-861/19] *LJ e INSS*. 4. STJUE de 19 de marzo de 2020 [C-103/18 y C-429/18] *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud*. 5. STJUE de 4 de junio de 2020 [C-588/18] *Fetico y otros c. DIA*. 6. STJUE de 16 de septiembre de 2020 [C-462/19] *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia con Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques y otros*. 7. STJUE de 11 de noviembre de 2020 [C-300/19] *UQ y Marclean Technologies c. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial*.

## I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. La jurisprudencial analizada en esta crónica de resoluciones del TJUE en las que España ha sido parte ha sido seleccionada de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales; Empleo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*.

Se reseñan todos los asuntos que afectan directamente a España en el período temporal referenciado.

**1. STJUE de 22 de enero de 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín y Ayuntamiento de Madrid. Funcionario interino de larga duración. No abono de indemnización tras la finalización de su relación de servicios, a diferencia de lo que acontece en una relación laboral ordinaria.***

**A). Hechos del litigio principal**

2. La señora Baldomero Martín fue nombrada en 2005 funcionaria interina por el ayuntamiento de Madrid. En su contratación en régimen de derecho administrativo se especificaba, de manera expresa además, que ocuparía esta plaza hasta que se cubriera la vacante mediante el correspondiente proceso selectivo por un funcionario de carrera. Era un puesto de trabajo que, por la operatividad de las funciones que realizaba, podía ser servido tanto por personal funcionarios, como por personal laboral contratado en régimen privado. No se ejercían, en definitiva, funciones características de ‘*imperio*’, reservadas por definición a funcionarios públicos.

En 2013, tras casi ocho años después de ser contratada, se le comunica por la Administración contratante que el proceso selectivo ha concluido, que su puesto de trabajo ha sido cubierto por un funcionario de carrera, y que, en consecuencia, su contrato de trabajo ha quedado extinguido. La señora Baldomero pretende, en 2017, que el Ayuntamiento contratante le abone una indemnización por cese de la actividad equivalente a la que le hubiera correspondido si hubiera sido contratada en régimen laboral privado. Pretende, en definitiva, que se le abone aquella indemnización que le hubiera correspondido si hubiera sido contratada en régimen laboral, no en régimen funcionarial o de Derecho Administrativo. No impugna el cese por otras cuestiones, ni reclama, como ha sido usual en otros planteamientos, su condición de personal estable por haber desempeñado un volumen de tiempo excesivamente llamativo un puesto de carácter meramente temporal.

El Ayuntamiento de Madrid desestima su solicitud al entender que no existe discriminación alguna en relación con la indemnización que procede por la extinción del vínculo laboral. La demandante había ocupado una plaza de funcionario interino, había desarrollado su actividad profesional durante el tiempo que habría durado el proceso selectivo, y no procedía la indemnización intimada al cubrirse definitivamente la plaza de funcionaria desempeñada por ella interinamente. Precisa, de manera complementaria, que tampoco puede apreciarse, en puridad, discriminación en relación con los funcionarios de carrera, ya que estos tampoco reciben indemnización alguna al finalizar sus servicios profesionales. En definitiva, la Administración contratante entiende que se le ha aplicado correctamente el régimen jurídico que debía aplicársele a ese tipo de situaciones, sin que sea posible aplicar otro cuerpo normativo diseñado para aplicarse a otro tipo de trabajadores.

El juzgado competente remitente de la cuestión prejudicial aquí prejuzgada pone de manifiesto tres circunstancias que enmarcan jurídicamente el asunto, dotándole de una fisonomía propia y característica.

En primer lugar, que la recurrente ha desempeñado sus funciones siempre en el mismo puesto de trabajo, de manera continuada y constante, sin moviéndose funcionalmente a otras circunstancias que alteren su relación profesional de servicios. En segundo lugar, que el puesto de trabajo que desarrollaba puede ser desempeñado, por el tipo de labores encomendadas, indistintamente, por trabajadores funcionarios, o bien mediante trabajadores contratados en régimen laboral. La elección por uno u otro régimen depende, por entero, del empleador atendiendo a un criterio de oportunidad, sin que el trabajador tenga ninguna capacidad de elección al efecto, sometiéndose, en todo caso, al régimen jurídico que elija el empleador. Y, en tercer lugar, que el derecho interno no reconoce a los funcionarios -de carrera, interinos, eventuales, etc.- en el momento de finalización de su relación de servicios la indemnización solicitada por la trabajadora. Ésta únicamente es predicable de la relación de servicios profesional articulados en régimen laboral común.

**B). Cuestión jurídica debatida**

3. El juzgado proponente de la cuestión prejudicial se cuestiona, en definitiva, si sería posible conceder al trabajador recurrente la indemnización reclamada por analogía con el personal laboral al

que sí se le concede una indemnización en supuestos de extinción del contrato de trabajo, dado que el Acuerdo marco comunitario pretende la eliminación de todo tipo de discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada, como lo es, a todos los efectos, el de interinidad funcional que ha desempeñado la trabajadora afectada.

No es baladí en esta cuestión apreciar que el desarrollo de una función coyuntural por un volumen de tiempo tan excesivo, casi ocho años, ha desnaturalizado, de facto, la condición funcional interina, al no utilizarse el embalaje contractual adecuado para el desarrollo de necesidades puntuales, temporales o transitorias, sino prácticamente permanentes, privando al trabajador, en definitiva, de los derechos que la legislación concede a los trabajadores con relaciones laborales estables, bien sea como personal laboral contratado en régimen privado puro, bien como funcionario.

Se parte, en definitiva, de la apreciación de que para la normativa comunitaria la distinción, un tanto artificial, entre empleo privado, en régimen de derecho administrativo, o funcional, carece de trascendencia para la aplicación de las reglas y garantías que pretenden implementar un empleo estable, de calidad, y sin abusos relacionados con la temporalidad del vínculo.

### **C) Normativa en presencia**

4. Desde la óptica comunitaria está en cuestión la interpretación que debe dársele a los arts. 1 y 2 y cláusula 3 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

Desde el punto de vista del derecho patrio están en presencia las siguientes normas: La DA 1ª del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, y también los arts. 8, 10 y 70 del EBEP (Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante el RDL 5/2015, de 30 de octubre).

De manera tangencial, y a efectos de su comparación con el régimen laboral, también se tienen en consideración los arts. 49, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

### **D) Resolución del Tribunal**

5. El tribunal resuelve las cuestiones prejudiciales intimadas en el sentido de que la normativa de la Unión referenciada no se opone a que una normativa nacional (como la aquí debatida) no prevea el abono de una indemnización a los funcionarios -de carrera o interinos- por la finalización de sus servicios profesionales, aunque ello conlleve una diferencia de trato en relación con los trabajadores en sentido estricto que se someten al régimen de contratación privada.

No duda el tribunal en considerar que el funcionario -de carrera o interino, a estos efectos la diferenciación no tiene relevancia- puede estar incluido en el ámbito subjetivo del concepto de trabajador con vinculación profesional de duración determinada, y, por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación de la directiva. Ni tampoco tiene la menor duda con respecto a que la indemnización por finalización del servicio se encuentra incluida dentro del concepto de condición de trabajo que emplea la misma Directiva. Ni siquiera cuestiona, y esto es una de las cuestiones más relevantes a tener en consideración, que los funcionarios interinos reciban diferente trato, menos favorable, que los funcionarios de carrera, o se vean privados de derechos que se le confieren exclusivamente a la condición funcional en sentido estricto, pues tanto los funcionarios interinos como los de carrera no perciben la indemnización reclamada por la trabajadora.

Ahora bien, es totalmente cierto, y está fuera de toda duda, que el desarrollo de las actividades profesionales que desempeñaba la trabajadora podían ser realizadas o bien desde la condición de funcionaria, o bien desde la situación de personal laboral, eventual o fijo. Esta circunstancia es especialmente interesante para averiguar si puede apreciarse una diferencia de trato entre unos trabajadores y otros, entre los funcionarios y el personal laboral, pues en el caso de que así ocurriera quizá pudiera apreciarse

la diferencia de trato reclamada por la trabajadora en una de las condiciones de trabajo, cual es la indemnización por finalización del servicio.

La clave de bóveda del argumento se reconduce a averiguar si existe alguna razón objetiva por la cual la finalización de la relación de servicio de los funcionarios interinos no deban dar lugar a la indemnización, mientras que los de los trabajadores fijos contratados en régimen laboral sí. El Tribunal aprecia, recordando numerosos ejemplos jurisprudenciales, que la finalización de una relación laboral determinada se produce en un contexto jurídico y fáctico sensiblemente diferente del que acaece para los trabajadores fijos. El contrato fijo se opone, por definición ontológica, al de duración determinada, y ambos pueden tener un tratamiento jurídico distintivo en alguna de las condiciones de trabajo, cuál es, por ejemplo, la indemnización por su finalización, como es el caso aquí debatido.

El Tribunal entiende, en definitiva, que el acuerdo Marco no impide que una normativa nacional no prevea el abono de una indemnización para los trabajadores funcionarios interinos mientras que sí la prevea para el personal laboral fijo cuando se extingue su contrato de trabajo. Son circunstancias distintas, que encuentra en una diferente respuesta jurídica. Incluso en el supuesto, como es el caso, de que las actividades profesionales desarrolladas hubieran podido ser indistintamente ejercidas desde la condición funcionaria o desde la condición laboral. No es la naturaleza de la actividad, sino la elección de la administración por un régimen jurídico otro, el que determina la normativa aplicable.

## E) Apunte final

6. Una derivada más de la problemática general que acontece en la contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Aunque, desde hace tiempo, se han hecho notables esfuerzos por parte del Tribunal de Justicia para limitar los abusos que se producen en la contratación laboral temporal por parte de dichas administraciones, la equiparación de derechos no es total con el personal contratado en régimen privado en sentido estricto. En particular, en relación con la finalización de su vinculación interina (temporal, por definición), y la cobertura de la vacante mediante el procedimiento selectivo previsto en la norma.

Otra problemática jurídica distinta, no tratada en este asunto, es si puede considerarse razonable que un trabajador interino, por definición temporal, ocupe una plaza en una Administración **Pública cerca de ocho años. No hay motivos** que justifiquen la no cobertura de la vacante en un periodo tan dilatado de tiempo. Quizá pudiera sostenerse, por qué no, la idoneidad de una indemniza (abierta, de carácter civil en relación con la responsabilidad extracontractual) que satisfagan los perjuicios que ocasiona al trabajador el hecho de haber estado sometido a ese régimen interino durante tanto tiempo. Pero esto es otro debate no abordado en esta resolución. El fructífero campo de las indemnizaciones civiles en asuntos laborales quizá tuviera algo que decir en asuntos como éste.

Y cuestión distinta también es la que se relaciona con la apreciación del tipo de actividad y el vínculo jurídico que se reclama para ello. Desde un punto de vista laboral las características que determinan la unión entre trabajador y empresario son las que atraen para así el cúmulo de la legislación laboral. Sin embargo no se funciona así cuando interviene una administración pública que, de facto, puede elegir el régimen jurídico que aplica para el desarrollo de determinadas encomiendas laborales. Sería deseable que la elección por uno u otro régimen estuviera más limitada, sobre todo en AA.PP. de poco calado y tonelaje administrativo.

## 2. El ATJUE de 4 de febrero de 2020 [C-811/18] KA y INSS y TGSS. Complemento de maternidad y exclusión de los varones.

### A) Hechos del litigio principal.

7. El asunto aquí tratado es sustancialmente idéntico al que terminó por STJUE de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-450/18. Se trata del percibo del complemento de maternidad por un varón

que se ha visto excluido del mismo y que no ha encontrado tutela ni en vía administrativa ni jurisdiccional interna.

## **B) Cuestión jurídica debatida**

8. La cuestión jurídica debatida versa sobre la exclusión de los varones del percibo del complemento implementado en el art. 60 la LGSS para su percibo exclusivamente por mujeres que han sido madres. El objetivo de la medida legislativa es, naturalmente, suplementar las pensiones de las madres que han dedicado más tiempo a la maternidad, dificultando su desarrollo laboral y profesional. Es una medida claramente de género, por lo que en principio debe quedar avalada por las medidas de acción positiva que consiente tanto legislación comunitaria como la nacional.

## **C) Normativa en presencia**

9. 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.

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.

## **D) Resolución del Tribunal**

10. El tribunal de justicia comunica en dicho auto al órgano proponente de la cuestión de prejudicialidad si a la luz de la sentencia dictada en idéntico asunto anteriormente desea mantener la petición de decisión prejudicial.

El órgano proponente de la cuestión, que en este caso es el TSJ de Canarias, informa al Tribunal de Justicia que no desea mantener su petición de decisión prejudicial. En estas circunstancias se procede a archivar el asunto, terminándose el procedimiento a todos los efectos.

## **E). Apunte final**

11. Para un análisis detallado de las cuestiones debatidas (y de sus consecuencias jurídicas) nos remitimos al anterior volumen de esta entrega, en donde se analizaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del año 2019, y, de forma detallada, la resolución de 12 de diciembre de 2019.

Recuérdese, como se tuvo la oportunidad de comentar en la entrega anterior de esta sección, que la Directiva de igualdad de trato se opone a una norma como la debatida que establece un complemento económico exclusivamente para las mujeres pensionistas de incapacidad permanente o jubilación que hayan tenido al menos dos hijos y excluye a los hombres que se encuentren en idénticas situación.

Sobre este particular debe tenerse presente el actual texto del art. 60 LGSS tras la modificación que en él se operó por el art. 1 uno del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

Básicamente se pretende que los varones que perciban el complemento lo sea por haberse encontrado en circunstancias idénticas a las que ideó originalmente el precepto para las mujeres. Así, se dispone que para que los hombres “*puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos*”. En primer lugar, ser causante de una “*pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad*”. O bien, en segundo lugar, ser causante de una “*pensión contributiva*”.

*de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción*” aunque en este supuesto se exigen una serie de condiciones que aseguren períodos previos de cotización antes o subsiguientes al nacimiento del hijo.

Aunque la controversia jurídica nunca está cerrada del todo, y la nueva dicción del artículo 60 LGSS puede tener algunas aristas interpretables, si puede afirmarse con rotundidad que este nuevo tenor literal si obvia el defecto en el que incurría la anterior, siendo respetuoso, desde este punto de vista, con la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia.

### **3. ATJUE de 5 de marzo de 2020 [C-861/19] LJ e INSS. Exclusión de los varones del complemento de maternidad.**

12. Como acontece en el asunto último recién analizado en este número, el Tribunal de Justicia comunica al órgano proponente de la cuestión prejudicial, en este caso un Juzgado de lo Social de Barcelona, si a la luz de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) desea seguir manteniendo su petición de decisión prejudicial. El asunto pivotaba, como aquel, sobre el percibo del complemento de maternidad para un varón, y sobre la eficacia de la exclusión de los varones del percibo del referido complemento.

Y, como en aquel caso, el órgano proponente entiende que la resolución anteriormente citada aclara y resuelve la problemática jurídica acontecida, no deseando mantener la cuestión prejudicial y archivándose, en consecuencia, el procedimiento.

### **4. STJUE de 19 de marzo de 2020 [C-103/18 y C- 429/18] Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud. Contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas y renovación sucesiva de contratos de duración determinada.**

#### **A) Hechos del litigio principal**

13. El litigio versa sobre la pretensión que mantienen varios demandantes para que el Servicio Madrileño de Salud, perteneciente a la Comunidad de Madrid, les reconozca “*la condición de personal estatutario fijo*”, o, con carácter subsidiario, “*la condición de empleados públicos con un estatuto comparable al de este personal*”, siempre bajo los principios jurídicos de permanencia e inamovilidad en el puesto de trabajo (§ 2).

La resolución resuelve varios asuntos acumulados, impetrados desde órganos jurisdiccionales distintos, aunque versan sobre el mismo asunto, y tienen como empleador a la misma Administración Pública. El uso por parte del Tribunal de la facultad de acumular asuntos dependiendo de las pretensiones de las partes parece desproporcionada en este caso, pues aunque las respuestas pueden ser sustancialmente idénticas -y, efectivamente, así lo son-, el orden en el que se presentan para cada uno de los asuntos -y sus respuestas- se muestra sumamente enrevesado. La respuesta a la cuestión prejudicial número uno de un asunto es la misma respuesta a la cuestión prejudicial cuatro o cinco del otro acumulado. Quizá hubiera sido más oportuno la evacuación de dos resoluciones diferentes, aunque con el mismo fundamento técnico jurídico si se entiende oportuno. Esto, no solo no es inusual, sino que patrocina una individualización en la respuesta jurídica otorgada que acerca la interpretación de las normas y su aplicación práctica a los ciudadanos.

De manera más concreta, en el primero de los asuntos acumulados (C-103/18), se debate la situación que acontece con un trabajador personal estatutario temporal interino nombrado en 1999 y que en 2016 continúa desarrollando sus funciones. En 2011 fue cesado aunque el mismo día fue nombrado personal estatutario temporal interino en un puesto de una nueva categoría en el que básicamente, realizaba idénticas funciones laborales que en el anterior puesto de trabajo. El tribunal subraya que durante todo el tiempo que ha durado su relación de servicios (en los dos puestos, es decir, desde 1999 hasta

2011 y desde 2011 a 2016) el trabajador “*ha ocupado el mismo puesto y ha desempeñado las mismas funciones de forma constante y continuada*” (§ 16), dato más que relevante para poder constatar la irregularidad de la contratación efectuada, y, particularmente, apreciar cómo la prolongación de la actividad en el tiempo modifica el estatus jurídico del trabajador.

En 2016 el trabajador intima de su empleador que se le reconociera “*la condición de personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleado público con un estatuto similar, bajo los principios de permanencia e inamovilidad*” (§ 17). Entendía que era la respuesta adecuada al comportamiento abusivo de la Administración Pública contratante derivado de la utilización de sucesivas relaciones de duración determinada contrarias a la lógica que se deduce del Acuerdo Marco comunitario. No estamos en presencia, en definitiva, de una sola irregularidad que se prolonga en el tiempo, aunque éste sea mucho, sino ante la constatación de la existencia de dos relaciones irregulares que se prolonga en el tiempo. Dato más que significativo a efectos de apreciar la conducta de la Administración Pública contratante.

La Administración pública empleadora, la Comunidad de Madrid, deniega la solicitud intimada alegando, básicamente, que no se trata de un encadenamiento de contrataciones de duración determinada, sino que estamos en presencia de una sola relación, que tuvo que ser modificada por obra de una reforma legislativa que así lo exigía. Entiende, básicamente, en definitiva, que estamos en presencia de “*una misma relación de servicios de duración determinada*” (§ 18). Precisa, de manera complementaria, que la adquisición de la condición de personal fijo para ese tipo de actividades requiere, irremisiblemente, la superación por parte del trabajador de un proceso selectivo, circunstancia que en este supuesto no ha concurrido.

Contra la denegación de su solicitud intima el trabajador un procedimiento judicial Contencioso Administrativo en el que el Juzgado ha intimado del Tribunal de Justicia la presente cuestión prejudicial.

La problemática jurídica y fáctica que acontece en el segundo supuesto acumulado (C-429/18) es, básicamente, idéntica a la analizada anteriormente. La señora Fernández y otras trabajan para el servicio de la Comunidad de Madrid desde hace entre 12 y 17 años y han sido objeto de entre 82 y 227 nombramientos sucesivos, dependiendo de los casos, ejerciendo funciones de odontólogo. En la oferta de empleo público de los años anteriores nunca se incluyó la necesidad de cubrir estas plazas de manera permanente, como exige la normativa nacional vigente, el EBEP. En 2016 solicitaron que se le reconociera la condición “*de miembros de personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleados públicos con un estatuto similar*” (§ 34), a lo que se negó la Administración Pública contratante. Tras ello interpusieron un recurso Contencioso Administrativo ante el juzgado de este orden número 14 de Madrid, que es el proponente de la segunda cuestión prejudicial comunitaria aquí acumulada, al entender, básicamente, que estamos en presencia de sucesivas relaciones de servicio que proceden de diversos nombramientos para el ejercicio de funciones estructuralmente estables y permanentes en la Administración contratante, es decir funciones que deberían haber estado servidas por personal considerado fijo, permanente, o estable. Como en el otro asunto, tanto el volumen de tiempo como el número de nombramientos, constituyen indicios del comportamiento contractual de la Administración Pública contratante.

## **B) Cuestiones jurídicas debatida**

**14.** El magistrado proponente de la primera cuestión no tiene claro si la situación del trabajador determina la existencia de una sola relación de servicios de duración determinada, o si, por el contrario, como sostuvo el trabajador, estamos en presencia de dos relaciones temporales consecutivas, encadenadas sin solución de continuidad. El hecho de tener dos nombramientos contiguos inclina al juzgado a entender que, verdaderamente, estamos en presencia de dos relaciones consecutivas de duración determinada, aplicándose por tanto, con todas sus consecuencias, la Directiva comunitaria.

La segunda cuestión trascendente desde un punto de vista jurídico es analizar el papel que juega el consentimiento del trabajador en toda esta problemática. Apreciar si en atención al Acuerdo Marco, el trabajador debe denunciar su situación mientras mantiene viva la relación laboral, o si su aquietamiento

a las circunstancias fácticas que impone su contratación determina la imposibilidad de plantear con posterioridad una revisión jurídica de la situación fáctica parecida, incluyendo, naturalmente, un planteamiento jurisdiccional de la cuestión. **Más concretamente:** si el hecho de no haber recurrido su nombramiento de ninguna manera cuando se encontraba viva la relación laboral obra el efecto de convalidar o sanar la irregularidad cometida e impedir su recurribilidad en los tribunales de justicia.

En tercer lugar, se analiza, en esta primera cuestión, si el hecho de tener varios nombramientos consecutivos desnaturaliza la relaciones de servicio de duración determinada. Porque, aunque bien es cierto que los nombramientos de estas características pueden ser prorrogados, no lo es menos que para que ello se pueda realizar desde la óptica del Acuerdo Marco es necesario que exista una razón objetiva que lo justifique, debiendo ser esta, en todo caso, “*puntual, circunstancial y esporádica*” (§ 25).

En cuarto y último lugar, el juzgado proponente de la cuestión prejudicial, apreciando que en derecho español no existen límites a la consecutividad en el nombramiento como personal estatutario temporal, decide cuestionar si ello es acorde al Acuerdo Marco comunitario.

La segunda cuestión prejudicial evacuada transita, básicamente, por los mismos cauces hermenéuticos y fácticos que la ya analizada. Sin embargo, si examina otras tres problemáticas (aunque no dejan de ser derivadas de la misma cuestión), que se quieren subrayar en este análisis.

En primer lugar, si puede considerarse que estamos en presencia de un abuso contractual por parte de la Administración cuando se emplean varias formas de contratación temporales consecutivas -nombramientos- para el desempeño de funciones estructurales y ordinarias de la Administración que, de suyo, deberían haber estado servidas por empleados estatutarios fijos, u otro tipo de personal estable, según se deduce de la normativa aplicable. Entiende, en este sentido, que el acuerdo Marco se opone frontalmente a este tipo de prácticas, y que lo razonable no es prolongar, renovar o extender artificialmente los nombramientos, sino proveer los mecanismos de cobertura definitiva de las vacantes, de forma que se garantice una estabilidad en el empleo por parte de las personas seleccionadas finalmente tras el proceso selectivo correspondiente.

También cuestiona, y esto es verdaderamente importante, si entra dentro de los objetivos perseguidos por la Directiva la transformación directa de “*la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituta en una relación estatutaria estable*” (§ 39), ya sea considerada como empleo público fijo o indefinido, pero siempre con la estabilidad que patrocinan este tipo de figuras.

También se cuestiona, tangencialmente, en tercer lugar, si este tipo de transformación se pueden considerar como una sanción adecuada ante el incumplimiento contractual que ha tenido la Administración, es decir, si la existencia -acreditada y constatada, sobre este punto no parece haber duda alguna- del abuso en la contratación temporal, legitima la consecuencia de la permanencia en el empleo público para este tipo de trabajadores. Porque la otra consecuencia sería considerar que estamos en presencia de un despido laboral, por lo que la operatividad de las indemnizaciones que procedan en estas circunstancias sería del todo posible. En realidad, lo que está planteando esta cuestión es si, dadas las circunstancias acaecidas, la consecuencia para la Administración contratante de maneja irregular debe ser la conversión (convalidación, transformación, etc.) de los contratos irregulares en una figura contractual estable dentro de la Administración Pública contratante, o si, por el contrario, debemos entender que la no renovación puede considerarse como un despido laboral, y por ello indemnizable económicamente (§ 39).

### C) Normativa en presencia

**15.** Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, particularmente su Considerando 17, sus arts. 1 y 2-1, y sus Cláusulas 1 y 5.

Las normas españolas cuestionadas son los artículos 10 y 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y los arts. 8 y 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

## D) Resolución del Tribunal

16. La complejidad de las cuestiones tratadas en ambas cuestiones acumuladas aconseja resolver las cuatro cuestiones principales de forma conjunta, aunque dando respuesta por separado a los problemas que identifica.

En la primera cuestión se entiende que los estados miembros no pueden excluir del concepto “*sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*” las situaciones en las que un empleado público es nombrado en una relación de servicios de duración determinada hasta que la vacante sea cubierta o provista mediante el mecanismo legalmente habilitado para ello. A nuestro juicio, como se expondrá seguidamente, es la conclusión más importante que se extrae de esta resolución. Porque lo verdaderamente trascendente, no es el tipo de nombramiento -funcionario o laboral- con el que el trabajador ha sido contratado (en realidad, desde un punto de vista fáctico, “*cooptado*”), sino la función operativa y funcional que desarrolla. Desde este punto de vista si el trabajador contratado en régimen laboral desarrolla las mismas tareas o funciones que el trabajador seleccionado mediante normas funcionariales debe ser tratado igual que este. Es la naturaleza de la actividad en la que determina el régimen jurídico aplicable y no el capricho, más o menos consolidado, más o menos arbitrario, de la Administración Pública contratante.

En segundo lugar, el Acuerdo Marco se opone, como ya se ha sentenciado en otras ocasiones, a que la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considere justificada por razones objetivas basadas en la necesidad, urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal.

En tercer lugar, se recuerda que es competencia del órgano jurisdiccional interno apreciar si la organización de los procesos selectivos de cobertura de las vacantes se ha llevado a cabo de forma razonable y operativa atendiendo a proveer definitivamente las plazas que se ocupan de manera interina. También corresponde, según el ordenamiento interno, apreciar si lo que procede es la transformación de los contratos en “*indefinido no fijos*”, o bien implementar la concesión a estos empleados interinos de la indemnización que procedería en supuestos de despido del personal laboral por circunstancias objetivas, siempre y cuando, ambas medidas, contribuyeran a prevenir, o en su caso corregir, los excesos derivados de la utilización abusiva, fraudulenta y torticera, de las figuras contractuales de carácter temporal por las Administraciones Públicas.

También se reitera, en cuarto y último lugar, que no tiene ninguna trascendencia a los efectos de la denuncia del trabajador y la exención de la correspondiente responsabilidad del empleador, el hecho de que haya consentido, o se haya conformado, con la situación que ha padecido en su contratación temporal.

## E) Apunte final

17. Otra más, y van tropecientas, sobre contratación irregular por parte de las administraciones públicas. En concreto sobre utilización abusiva de las modalidades de contratación temporal.

Más allá del juicio crítico que nos merezca esta resolución, y de las consecuencias que de ella se deducen, lo realmente llamativo es que se aprecia con claridad que la norma que venía a suplir todos los defectos de contratación en las Administraciones Públicas, el EBEP, ha fracasado de manera estrepitosa en su propósito ordenancista. No solo no ha servido para aminorar las prácticas perversas y viciosas que la norma venía a corregir, sino que, incluso, a algunas de ellas les ha dado carta de naturaleza, pues bastantes de sus reglas jurídicas son permanentemente puestos en tela de juicio por los tribunales ordinarios internos y ante el propio Tribunal de Justicia. Es evidente que los problemas en las Administraciones Públicas han ido creciendo al mismo ritmo que se ha agigantado (desordenada y exponencialmente) su volumen de competencias y atribuciones. Probablemente parte de la solución pase por reducir el tamaño de las Administraciones Públicas, o al menos, del personal a su servicio, aunque ese es un asunto que no atañe a los intérpretes de la norma. Aunque probablemente el Estado moderno necesite una pensada sobre los medios personales que le sirven, una solución de compromiso que evitaría (al menos parte de

los) problemas en el futuro sería la promoción rápida y eficaz de los mecanismos de cobertura de las necesidades de personal. No es razonable, como aquí acontece, que se tarden años en llevar a cabo los mecanismos de selección de personal y de cobertura de vacantes.

El contenido técnico de la resolución es impecable, por otra parte. Como no podía ser de otro modo. Da cumplida respuesta a todas las cuestiones acumulándolas en varios argumentos. Más allá de la especificidad concreta de cada uno de ellos lo verdaderamente trascendente de la resolución es que no se puede excluir del concepto de “*sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*” aquellos nombramientos que se hayan producido, aunque sea por varios años, en el marco de una contratación en una Administración Pública (§ 132.1)).

Esta consecuencia va a tener una operatividad incuestionable para cuando se juzguen las prácticas, fraudulentas o meramente torticeras, en las que está envuelta la Administración Pública. Ello supone, desde una perspectiva amplia, que no hay una diferencia práctica evidente entre una contratación en régimen laboral o una en régimen de derecho administrativo para una Administración Pública. Se equiparan así los derechos y obligaciones, y, de una manera u otra, se culmina, desde la perspectiva del derecho comunitario, el propósito que pretendía el EBEP, es decir, la equiparación de derechos y obligaciones para todos los empleados públicos con independencia del régimen jurídico que les fuera aplicable por el origen de su coaptación, contratación laboral o nombramiento funcionarial.

Esta perspectiva debe considerarse, se mire como se mire, como un avance importante, serio y con consecuencias. Lo verdaderamente trascendente, en definitiva, no es tanto el mecanismo técnico jurídico por el que hayan sido coaptados -contratación laboral, o nombramiento funcionarial- los trabajadores, sino las actividades profesionales que se desarrollan. Sobre todo en un tipo de actividades que pueden ser desempeñadas desde un punto de vista práctico y operativo, por personal laboral o por personal funcionarial.

Pretender establecer una diferencia de trato únicamente apoyada en el origen de la contratación no es acorde al propósito que anida en el Acuerdo Marco comunitario. Y si se quiere establecer una diferencia de trato en relación con unos trabajadores -funcionarios- y otros -laborales- dicha diferencia debe sostenerse, edificarse y justificarse, en razones objetivas, razonables y apoyadas en hechos y datos incontrovertibles, bien por la función que desarrollan, bien por los requisitos previos que se requieren para el ejercicio de dicha actividad. Pero pretender establecer, como se hace en el ordenamiento interno con excesiva frecuencia, diferencias de trato basadas única y exclusivamente en el origen de la contratación cuando desarrollan prácticas profesionales idénticas no es razonable, no lo es al menos desde el punto de vista del Derecho de la Unión.

## **5. La STJUE de 4 de junio de 2020 [C-588/18] *Fetico y otros c. DIA y otros. Dies a quo y cómputo de los permisos laborales retribuidos.***

### **A) Hechos del litigio principal**

**18.** La cuestión prejudicial surge en un procedimiento de conflicto colectivo que versa, básicamente, sobre el momento de inicio del cómputo de los permisos laborales retribuidos, concretándose si este debe comenzar el día en que el trabajador deba trabajar, y, en segundo lugar, si debe disfrutarse exclusivamente en días en que el trabajador deba trabajar. Se trata, por tanto, de determinar el principio del día de cómputo de los permisos laborales retribuidos, y, también, la extensión de dicho permiso, particularmente si pueden incluirse en el, o en ellos, los periodos de no trabajo.

La controversia surge principalmente porque el Convenio Colectivo aplicable utiliza la expresión “*días*” para referirse a los permisos laborales retribuidos, sin referencia expresa a “*días naturales*” o “*días laborales*”, como sí se hace en los permisos por matrimonio el mismo Convenio, cuyo cómputo consecutivo incluso incluyendo **días no laborables para el trabajador** es incuestionable.

## B) Cuestión jurídica debatida

19. El tribunal proponente de la cuestión entiende que el problema jurídico planteado se relaciona con los periodos de descanso y de vacaciones anuales que garantiza la normativa comunitaria, entendiendo que se vacía de contenido su mandato normativo cuando a estos períodos se superponen los permisos laborales retribuidos, que, de esta manera, pierden razón de ser y naturaleza operativa. La superposición de unos y otros obra el efecto de privar de contenido a los que se superponen con el periodo de vacaciones.

Aprecia que la normativa de la unión es sensible cuando se superponen las vacaciones anuales retribuidas con periodos de maternidad, o de baja laboral por incapacidad temporal, en el sentido de permitir y consentir que se difiera el disfrute de dicho derecho laboral básico a las vacaciones a un periodo distinto y posterior al de baja por maternidad o por incapacidad temporal. Lo que está cuestionando, en definitiva, es el mismo principio que consiente diferir las vacaciones anuales en estas situaciones puede ser aplicado a los permisos laborales retribuidos en relación con los periodos de no trabajo.

Básicamente fórmula dos cuestiones prejudiciales. La primera cuestiona si la normativa comunitaria permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos. La segunda si la misma normativa consiente que se superpongan las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos que atienden a finalidades distintas del descanso, el ocio o el esparcimiento (§ 24).

## C) Normativa en presencia

20. Arts. 5 y 7 Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo,

Art. 7 Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo, de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental.

La normativa nacional aceptada es: arts. 37.3 y 38 ET, y art. 46 del Convenio Colectivo del grupo de empresas Dia S.A. y Twins Alimentación S.A. (BOE de 2 de septiembre de 2016).

## D) Resolución del Tribunal

21. El tribunal comienza su argumentación recordando que la Directiva es una disposición de mínimos, destinada a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores mediante una armonización general de dichas condiciones en todo el ámbito de la Unión. Ello no supone, antes al contrario, que no puedan los ordenamientos internos establecer mejores medidas de protección de dichos bienes jurídicos. En definitiva, que los estados miembros pueden implementar, dentro de su ámbito de competencia, condiciones más favorables para la protección de los trabajadores (§ 29).

Lo verdaderamente trascendente, lo que dota de sustantividad propia a la resolución que se comenta, es lo que especifica en el § 31 cuando precisa que los permisos laborales retribuidos cuestionados no forman parte, no se integran, en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2003/88, sino que se configuran y conforman desde la potestad normativa del Estado miembro al implementar mejoras en las condiciones de vida y trabajo que se relacionan con la ordenación del tiempo de trabajo.

Recuerda que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas es diferente del principio jurídico que protege la baja laboral por incapacidad temporal hasta la recuperación de la salud (§ 33). Las finalidades de ambos tipos de derechos permiten concluir que la superposición de ambos, vacaciones con el período de incapacidad temporal, consiente la posibilidad de poder disfrutar efectivamente las vacaciones en fecha distinta a la inicialmente prevista (§ 34). Pero, y este es núcleo medular de la cuestión, los permisos retribuidos que se discuten en el litigio principal no son idénticos a estos tratados.

Se deduce que son permisos con derecho a remuneración, entendiéndose que su disfrute está sujeto a la implementación de dos requisitos: el acaecimiento del acontecimiento que contempla la normativa para su disfrute, y el hecho de que acontezca precisamente durante un periodo de trabajo (§

35). Y es esta última circunstancia, el que el hecho protegido por el permiso laboral retribuido acaezca precisamente durante un periodo en el que el trabajador debe efectuar su actividad laboral, lo que permite deducir que están irremisiblemente ligados al tiempo de trabajo, de tal manera que los trabajadores no pueden reclamarlos en periodos distintos a los de trabajo, como son los de descanso semanal o los de vacaciones anuales retribuidas, deduciéndose, en definitiva, que estos permisos retribuidos no son asimilables a la baja por enfermedad (§ 36).

El segundo de los problemas es el relativo a si dichos permisos retribuidos pueden disfrutarse en periodo distinto cuando se superponen a los de vacaciones anuales retribuidas, o a un periodo de descanso semanal obligatorio (§ 37). El Tribunal entiende que no parece razonable sostener que de la Directiva se deduzca la obligación del Estado miembro a consentir dicho traslado. **Básicamente por-que ello supondría desoír el mandato ya efectuado por el propio** Tribunal en el sentido de que estos permisos laborales retribuidos y su régimen jurídico se sitúan fuera del **ámbito objetivo de atención de** la Directiva comunitaria que protege los periodos de vacaciones anuales retribuidas y **periodos de** descansos obligatorios (§ 38).

La resolución del Tribunal es clara. Entiende que la directiva debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos en días en los que estos trabajadores deban trabajar cuando las circunstancias para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los periodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas.

## E) Apunte final

22. La cuestión en vía interna ya está, en principio, concluida y totalmente resuelta. La reciente SAN-SOC 47/2020, de 6 de julio precisa, empleando la resolución del Tribunal de Justicia objeto de comentario, que el inicio del cómputo de los permisos retribuidos establecidos en el Convenio Colectivo del Grupo empresarial afectado, cuando el hecho causante del citado permiso sucede en día no laborable para el trabajador, deberá principiar en el primer día laborable siguiente.

Criterio más que razonable que, además, cuenta con antecedentes jurisprudenciales claros en el mismo sentido. Así, por ejemplo, la STS de 3 de julio de 1989 cuando precisa que *“un permiso no es tiempo de descanso, sino que va anudado al hecho causante”*, y la más reciente STS-SOC 257/2020, de 17 de marzo de 2020 cuando precisa que es importante tener en consideración que estas situaciones *“no son identificables a los tiempos de descanso o a las vacaciones que constituyen tiempo de libre disposición para el trabajador durante los cuales puede desarrollar actividades absolutamente ajenas al trabajo y que tienen su razón de ser en el derecho al descanso que resulta ser consustancial a la propia actividad laboral”*, porque, y este es el argumento teleológico que da sentido a la diferencia de instituciones, que los permisos no tengan *“por finalidad la de conceder al trabajador un descanso, sino la de liberarles de acudir al trabajo sin pérdida de retribución, ante la necesidad de atender una determinada situación conforme a los distintos objetivos para los que se contemplan y que van desde la conciliación de la vida familiar y laboral que la norma legal o convencional entiende necesaria ante determinadas circunstancias de la vida, hasta facilitar el cumplimiento de determinados deberes públicos o desarrollar actividades representativas”*.

En una resolución anterior la STS-SOC de 13 de febrero de 2018 (rec. 266/2016) había precisado que por el día inicial de disfrute de los permisos *“debe entenderse que como el convenio y la propia Ley hablan de ‘ausentarse del trabajo con derecho a retribución’ el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso”*, añadiendo seguidamente que *“el permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese ‘ausentarse del trabajo’”*, por lo que pueden concluirse, en definitiva, que *“lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario”*.

No hay duda, en definitiva, que el día inicial del cómputo de los permisos laborales retribuidos en los supuestos en los que el hecho causante de los permisos suceda en día no laborable deben comenzar a partir del primer día siguiente laborable a dicho hecho causante.

Cuestión más vidriosa y problemática es la segunda, la de si existe la posibilidad de trasladar los periodos de tiempo en el que se está proyectando un derecho laboral retribuido que coincidan con un periodo de vacaciones a periodo posterior y distinto al de vacaciones anuales a descanso semanal. Sobre este aspecto la resolución del Tribunal de Justicia es clara, no estamos en presencia de una exigencia que se deduzca de la Directiva comunitaria. Probablemente la respuesta correcta esta cuestión tenga que relacionarse con la naturaleza jurídica del descanso en concreto cuestionado, sobre todo para garantizar que el bien jurídico que protege está suficientemente tutelado con el permiso, o con las vacaciones, con las que se superpone. Cuestión, no obstante, no abordada por esta resolución, y que podrá ser objeto de debate para Laboralistas patrio.

## **6. STJUE de 16 de septiembre de 2020 [C-462/19] *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia c. Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques y otros. Inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por órganos administrativos.***

### **A) Hechos del litigio principal**

**23.** El asunto sometido a resolución del Tribunal de Justicia proviene de una cuestión prejudicial intimada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a raíz de la celebración de un Convenio Colectivo que impone una subrogación en la contratación de trabajadores para la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías, **básicamente** por entender, según aprecia la comisión, que dicho convenio puede ser contrario a las normas que protegen la libre competencia entre empresas.

### **B) Cuestión jurídica debatida**

**24.** Lo que llama la atención es que no estamos en presencia de una cuestión sometida a la jurisdicción, es decir un conflicto técnico de aplicación del derecho que va a ser resuelto por un Juez o Tribunal jurisdiccional que tiene atribuida la competencia de decir el derecho y ejecutarlo lo juzgado. Estamos ante un órgano de carácter administrativo, aunque ciertamente retenga algunas competencias decisorias sobre algunas materias, el que plantea la cuestión. De ahí la especialidad del asunto, de ahí también la concesión de la resolución.

El Tribunal comienza recordando que en la muy trascendente S TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13) relativa a España se discutía cuál era el régimen de gestión de la mano de obra que prestaba su actividad laboral en el sector portuario. Resolución, que en vía interna ha sido estudiada hasta la saciedad, y que ha dado lugar a no menos de dos regímenes jurídicos distintos tras ella, parcialmente contradictorios entre sí, y que no han satisfecho a ninguno de los actores Laborales implicados. Es este, el de los trabajadores portuarios, una problemática que, por definición, nunca va a estar del todo bien resuelta. Porque es absolutamente incompatible intentar conciliar los intereses en juego de los actores de la trama. O se aboga por un sistema proteccionista, que de una manera o de otra cercene la competencia en el sector empresarial y consienta el monopolio en la contratación de trabajadores, o se abre la mano de manera definitiva abogando por un sistema liberal que permita una competencia directa, abierta y total entre empresas que, de facto, elimina los monopolios en la contratación de trabajadores. No puede haber un monopolio que funcione en régimen de libertad. Es ontológica mente impensable.

Básicamente en ella se especificaba que la imposición que el ordenamiento jurídico español imponía a las empresas de otros Estados (miembros de la Unión) que desean desarrollar actividad de gestión portuaria relativa a la manipulación de mercancías en los puertos españoles de integrarse en la Sociedad

Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) teniendo que participar necesariamente de su capital y sometiéndose a la obligación de contratar a un mínimo de trabajadores de dicha sociedades, no era acorde al ordenamiento comunitario, básicamente por atentar contra el art. 49 del TFUE.

Este pronunciamiento obligó al legislador laboral a modificar la perspectiva clásica que ha mantenido con respecto a la relación laboral especial de estibadores portuarios. Modificó para ello el régimen monopolístico que existía en cuanto a la oferta de mano de obra y dictó una norma, el Real Decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en el que, básicamente, exime a las empresas de manipulación de mercancías de tener necesariamente que formar parte de la SAGEP y del capital de la misma para ejercer la actividad laboral referenciada. La norma implementa, al menos formalmente, un principio básico de libertad de contratación de trabajadores portuarios.

Y decimos formalmente porque se preveía la implementación de un periodo transitorio de adaptación de este Real Decreto Ley durante tres años en el que se seguiría manteniendo, de facto, el monopolio en la contratación de trabajadores de aquellas empresas que sí pertenecieran a la SAGEP y sí formarían parte de su capital social.

Es en este contexto jurídico, realmente enrevesado, en el que las asociaciones aquí presentes firman, en 2017, el Convenio Colectivo que es origen de la problemática debatida en esta resolución.

Este Convenio Colectivo, con el propósito de garantizar la totalidad del empleo de los estibadores portuarios contratados, modifica la normativa convencional en ese momento vigente implementando una Disposición Adicional Séptima de nuevo cuño que preveía: “*que las empresas de manipulación de mercancías que dejen de formar parte de una SAGEP se subroguen el personal de la estiba portuaria integrado en esa SAGEP con las mismas condiciones laborales, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad*” (§ 27).

La dirección de la competencia entiende, aplicando la Ley referenciada y su Reglamento de funcionamiento del órgano administrativo, que este Convenio constituye una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 TUE, pues “*las obligaciones adicionales impuestas por este convenio iban más allá del ámbito propio de la negociación colectiva y restringían, por ello, el ejercicio del derecho de separación de las Sagep y, en consecuencia, las condiciones de libre competencia*” (§ 29).

Tras ello, y para complicar aún más el ya de por sí estruendosamente complejo marco jurídico, se promulga el Real Decreto Ley 8/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la ley de empresas de trabajo temporal, adaptándola a las especificidades de la actividad de estiba portuaria.

Dicha norma lo que pretende, en esencia, es implementar un periodo transitorio en el que se posibilite a las empresas del sector para que implementen acuerdos o suscriban Convenios Colectivos, con el propósito de que sea eficaz y legal la subrogación obligatoria del personal de las SAGEP en el caso de que las empresas de manipulación de mercancías decidieran dejar de formar parte de ellas, o bien se produjera su desaparición (§ 30). Con esta norma, básicamente, se ampliaba el plazo en el que era posible dicha subrogación. Estamos en presencia, por tanto, de dos eventos jurídicos consecutivos que facultarían la referida subrogación trabajadores: el Convenio Colectivo, y el Real Decreto Ley. Nunca la norma estuvo tan plegada a los intereses monopolísticos de los trabajadores.

La CNMC no tiene claro si estas dos normas atentan contra el art. 101 TFUE, en la medida en que lesionan la libertad de competencia de las empresas de facto, una obligación que dificulta, de hecho, el libre ejercicio de sus capacitaciones empresariales, lo que, a su entender, justifica acudir al Tribunal de Justicia en virtud del art. 267 TFUE.

Este es el asunto principal, esta es la problemática jurídica, si la CNMC tiene legitimación activa para acudir al Tribunal de Justicia ejercitando una cuestión prejudicial comunitaria.

## C) Normativa en presencia

**25.** Art. 101 TFUE y Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia.

Desde el punto de vista del derecho interno tienen que tenerse presente: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

También tiene una cierta relevancia en análisis competencial que se efectúa de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

#### D) Resolución del Tribunal

26. Planteada en estos términos la cuestión controvertida, el Tribunal de Justicia lo que tiene que decidir es si el órgano administrativo que plantea la cuestión tiene, desde el punto de vista derecho comunitario, verdaderamente naturaleza de órgano jurisdiccional. El contexto jurídico en el que se produce la problemática, así como su trascendencia efectos de protección laboral de los trabajadores no tiene ninguna relevancia. Desde este punto de vista, son cuestiones vehiculares o instrumentales a la principal.

Para ello, según especifica claramente, debe apreciar la concurrencia de una serie de elementos y características que conforman y configuran la naturaleza jurisdiccional del órgano, tales como: el origen legal del mismo, su permanencia en el tiempo, el carácter obligatoria de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano administrativo de normas jurídicas, así como su independencia funcional, orgánica y operativa (§ 36). Elementos, todos ellos, que apreciados en su conjunto dibujan un órgano, se llame jurisdiccional o no nominativamente, con potestades y competencias claramente decisorias (*ius dicere*), que puede llevarlas a ejecución sin la intervención de ningún otro órgano del Estado, o al menos, con una subordinada intervención al órgano decisorio.

También aprecia, que los órganos jurisdiccionales de los países solo pueden dirigirse al Tribunal de Justicia mediante este procedimiento de cuestión prejudicial cuando ante ellos penda un litigio conflictual entre partes que necesite su resolución en el marco de un procedimiento contradictorio y legal, que en realidad no es el caso aquí debatido.

También recuerda, y este particular es realmente significativo, que para que un órgano adquiera la consideración de jurisdiccional tiene que situarse *supra partes*, como un tercero desinteresado del conflicto que resuelve, sin injerencias gubernamentales, de las partes o de interesados en la resolución del asunto, y sin estar subordinado a ninguna de las dos partes ni a ningún otro ente o poder institucional de ninguna manera, ni directa ni indirecta.

La resolución es clara en este sentido, pues entiende que la CNMC guarda una relación orgánica y funcional con los órganos implicados en la burocracia administrativa del Estado, no pudiendo considerarse, de esta forma, que tenga la cualidad de tercero con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto del recurso, no pudiendo ser calificado, de ninguna manera, como un órgano jurisdiccional nacional.

También aprecia que el tipo de resolución que evacua la CNMC es claramente de tipo administrativo, lo que excluye su consideración de jurisdiccional. La naturaleza del procedimiento sancionador intimado para la exención de la responsabilidad que proceda, y, en su caso, para la anulación del Convenio Colectivo, es de tipo administrativo, burocrático, no de naturaleza y carácter jurisdiccional.

El Tribunal disecciona la Ley y el Reglamento de funcionamiento de la CNMC para subrayar su carácter dependiente de un órgano del Estado, la naturaleza no decisoria de sus resoluciones, y el carácter burocrático administrativo de sus expedientes, concluyendo que “*el procedimiento sancionador ante la CNMC se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional y no forma parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales*” (§ 48).

La conclusión a todo esto es clara y diáfana: la cuestión planteada es inadmisibile.

#### E) Apunte final

27. La CNMC parte en su planteamiento, a mi modo de ver erróneamente, de la premisa de que algunas de sus competencias son de naturaleza jurisdiccional. No es la primera vez que este tipo de órganos administrativos asumen cuestiones decisorias, pero generalmente formando parte de una instancia

previa a la de orden jurisdiccional. Es evidente, se mire como se mire, que este tipo de “*Tribunales*” (tengan la denominación que tengan, incluso alguna que evoca competencias jurisdiccionales) no forman parte del Poder Judicial, no están servidos por jueces o magistrados independientes e inamovibles, y no rigen sus procedimientos mediante reglas normativas que pretendan dirimir conflictos jurídicos de intereses entre partes mediante un juicio “*jurisdiccional*” propiamente así nombrado. Es claro y evidente que se debaten cuestiones importantes desde el punto de vista económico, laboral, y social, pero que ellos sea así, y que incluso se proponga la resolución de algunos problemas, y que incluso su decisión en primera instancia sea obligatoria para las partes, no significa que su naturaleza sea jurisdiccional. Si bien se mira, cualquier decisión administrativa en su más alta esfera, decide cuestiones afectantes a personas, intereses, o economías, pero no por ello se reclama la naturaleza jurisdiccional de la decisión, ni del órgano que la propone.

Además, la característica fundamental de la resolución de controversias ante los Tribunales de justicia es que se está ejerciendo un “*juicio jurisdiccional*”, es decir, se está resolviendo la controversia mediante unos mecanismos propios y característicos para poder adoptar una decisión definitiva sobre el asunto con carácter imperativo tanto para las partes en conflicto, para los terceros interesados en el asunto, incluyendo el poder público AA.PP. que lo sirven en beneficio de todos.

## **7. STJUE de 11 de noviembre de 2020 [C-300/19] *UQ y Marclean Technologies c. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial*. Despido colectivo y periodo de referencia que debe tenerse en consideración para el cómputo de los admisibles.**

### **A) Hechos del litigio principal**

**28.** El último día de mayo de 2018 el trabajador UQ fue despedido por la empresa de forma correcta en la forma. Se reconoció por ésta la improcedencia del despido y se abonó la indemnización que procedía. En junio de ese mismo año el trabajador presenta demanda por despido en la que solicita la nulidad del acaecido. Queda constatado que entre el 31 de mayo, fecha del despido del trabajador, y el 14 de agosto de 2018, cesaron en la empresa 7 trabajadores: cuatro por circunstancias no imputable a la persona del trabajador, dos por cese voluntario, y uno por finalización del contrato.

El 15 de agosto de ese mismo año la empresa contratante finaliza sus actividades de forma total y definitiva, procediendo a cesar a los 29 trabajadores que, en ese momento, tenía empleados, es decir todos los de la empresa. Una circunstancia muy interesante y que es conveniente subrayar es que al día siguiente del cese estos 29 trabajadores comenzaron a ejercer sus laborales profesionales para otra empresa distinta, empresa que (en principio, pues nada hace suponer lo contrario) no formaba parte del anterior, ni tenía ninguna relación con ella. No formaba parte de un grupo, no tenía relaciones de subordinación con aquella, ni se ha producido, en puridad, un fenómeno de subrogación empresarial.

El cese de los trabajadores (los 29 últimos contratos de trabajo de la empresa), se produce, al parecer, de forma voluntaria. Al menos así consta en la documentación que la empresa que termina su actividad aporta al juzgado correspondiente. No se discute esta circunstancia, ni está puesta en cuestión. El asunto jurídico técnico debatido no pivota sobre esta problemática.

El trabajador recurrente, UQ, aprecia, y esto si es lo nuclear que trata esta resolución, que la coincidencia entre los ceses voluntarios puede estar encubriendo, en realidad, un despido colectivo orquestado por la empresa, gota a gota, para eludir, precisamente, las reglas jurídicas relativas al despido colectivo, particularmente aquellas que tienen relación con la implementación de periodos de consultas con los representantes de los trabajadores. Se reclama, en definitiva, la aplicación de las normas y garantías que el ordenamiento jurídico comunitario implementa para la ordenación de este tipo de ceses laborales masivos.

La empresa despedidora niega la mayor, y aporta en la documentación jurisdiccional del despido las causas reales del mismo, básicamente un descenso de la actividad en la empresa y también determinados incumplimientos contractuales. Es decir arguye motivos disciplinarios que tienen directa relación con el trabajador afectado, y no con el puesto de trabajo considerado. Desde este punto de vista

si el despido fuera considerado disciplinario, escaparía de su computación dentro del volumen de despidos colectivos.

Al juzgado de lo social competente, el encargado de analizar el despido intimado por UQ, le surgen dudas con respecto al número de trabajadores despedidos, al menos 30 y hasta 35 en su caso, no teniendo claro si estamos en presencia de un despido colectivo.

## **B) Cuestión jurídica debatida**

**29.** Básicamente se trata de analizar cómo se computan el volumen de despidos a efectos del establecimiento de la reglas de garantía de la norma comunitaria. En una palabra, se trata de apreciar el *dies a quo* del cómputo de los despidos para que tengan la consideración de colectivo.

No hay duda para el juzgador que durante los 90 días siguientes a partir de la fecha del despido del trabajador se produjeron en la empresa 35 extinciones de contratos computables a efectos del cálculo del número de despidos en el sentido de la normativa comunitaria.

Sin embargo el juzgador precisa, que según la interpretación que a esta cuestión le da la jurisprudencia nacional, el periodo de 90 días que implementa normativa comunitaria debe apreciarse exclusivamente hacia atrás, tomando como referencia la fecha del despido impugnado, es decir la del trabajador UQ ahora recurrente. Es decir, que el periodo de 90 días se contará desde el de la fecha del despido impugnado hacia atrás. También precisa, que según la normativa patria, es posible, apreciar el cómputo del plazo de los 90 días hacia adelante, pero, y esto es fundamental en la apreciación de estas circunstancias, siempre y cuando se constate que la empresa ha actuado fraudulentamente, castigando, básicamente, el goteo de despidos que empresarialmente puedan producirse con el propósito de evitar la reglas de garantía (consultas y participación con los trabajador) que las normas formulan al respecto.

No tiene dudas al juzgador sobre la aplicación de la norma comunitaria, ni están en discusión la apreciación fáctica de la realidad acaecida. No es dudoso, tampoco, la inclusión de los 29 despidos en el cómputo de los periodos de 90 días. Lo que no tiene claro el juzgador, y esto es básicamente lo que pregunta en la cuestión prejudicial, es si la normativa comunitaria puede entenderse aplicable para que se compute el plazo de 90 días después de la fecha en que tuvo lugar el despido ahora jurisdiccionalizado. Es decir, si el plazo de 90 días puede computarse también hacia adelante, y no exclusivamente -y limitadamente- hacia atrás, como ha sido característico.

Según aprecia el tribunal de justicia el juzgado entiende que la finalidad de consulta y participación estaría más garantizada, tendría más rigor técnico jurídico, si se tomas en consideración el periodo de referencia tanto antes como después de la fecha del despido del trabajador afectado (§ 20). No es baladí esta cuestión pues está en juego la aplicación efectiva de los principios comunitarios que anidan en la norma.

## **C) Normativa en presencia**

**30.** Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Art. 51 ET.

## **D) Resolución del Tribunal**

**31.** Lo que se trata de dilucidar en la cuestión prejudicial es si la normativa de despidos colectivos comunitaria debe interpretarse en el sentido de apreciar el periodo de referencia tomando como eje el despido individual exclusivamente hacia atrás en todo caso, y hacia delante únicamente cuando habido una actitud fraudulenta por parte del empresario, o si, por el contrario, el periodo de referencia

funciona en todo caso desde el despido individual cuestionado hacia delante no solo en supuestos de fraude de ley o abuso de derecho por parte del empresario.

El tribunal entiende, con buen criterio, que los métodos de computación de los despidos colectivos expuestos por el juzgador remitente de la cuestión prejudicial no son conformes a la directiva 98/59. Básicamente porque con ello limita la operatividad funcional de la misma y cercenan sus principios inspiradores.

Limitar, como se pretende, el periodo de referencia, o bien de manera exclusiva al tiempo anterior al despido impugnado individual, o al posterior a dicho despido pero únicamente en fraude de ley, abuso de derecho, o fraudulencia empresarial, “*podría restringir los derechos de los trabajadores afectados, dado que ambos métodos impedirían computar los despidos producidos dentro de un periodo de 30 o 90 días, pero fuera de este periodo anterior o posterior, aun cuando la totalidad de los despidos hubiera superado el número requerido...*”, por la normativa comunitaria (§ 32).

Sin embargo, el tribunal al analizar el tercer método de computación que plantea el juzgador, básicamente aquel que no tienen consideración el propósito fraudulento del empresario, sino únicamente el tiempo en el que se han producido los despidos, considera que es el más razonable de todos. Así, la norma comunitaria debe interpretarse en el sentido que da cobertura a la computación desde el día del despido individual cuestionado tanto hacia atrás en el tiempo, como hacia delante, incluso en supuestos en que no habido fraude o intención tortillera o fraudulenta del empresario (§ 34).

Este es el método de cómputo que más garantiza los derechos de los trabajadores, el que inspira la normativa comunitaria, y el que debe adoptarse en este caso

## E) Apunte final

**32.** El criterio adoptado es bastante razonable. Entender que el periodo de garantía puede extenderse tanto hacia atrás en el tiempo como hacia adelante, teniendo en consideración la fecha del despido cuestionado, es lo más garantista para la consideración del despido como colectivo.

Es cierto que puede producirse desde un punto de vista de técnica procesal un cierto desarreglo en ese cómputo. Es raro analizar un despido que ya sucedió desde la óptica de lo que acontece tras él, pero parece una perspectiva que atiende muy bien a la realidad económico empresarial que orchestra el despido colectivo como una forma de optimización de beneficios. Operar solo con una regla de cómputo hacia atrás teniendo como fecha eje la del despido cuestionado permite que el empresario pueda ir jugando, contando los plazos de prescripción de 20 días del despido individual para la impugnación del despido, con operar un goteo inclemente de despidos individuales que desangren la regla de garantía colectiva que supone la implementación de periodos de consulta, el tránsito de información, etc.

DESPIDO LABORAL, LEY APLICABLE Y CADUCIDAD  
DE LA ACCIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA  
DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DE CATALUÑA  
DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2020

LABOR DISMISSAL, APPLICABLE LAW AND EXPIRATION  
OF THE ACTION. REFLECTIONS ON THE RULING  
OF THE SOCIAL COURT OF THE TSJ OF CATALONIA  
OF SEPTEMBER 9, 2020

UNAI BELINTXON MARTIN

*Profesor Titular acr. de Derecho internacional privado  
Universidad Pública de Navarra (UPNA)*

ORCID ID: 0000-0001-7512-3839

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 19.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6280>

**Resumen:** Interposición de Recurso de Suplicación frente a Sentencia del Juzgado de los Social que desestima en instancia la demanda interpuesta por despido al apreciar la excepción de caducidad instada por la parte demandada. La Sala en súplica suscribe lo fallado en primera instancia y erra al calificar como procesal la caducidad de la acción a tenor de lo dispuesto por los artículos 3 LEC, 59.3 ET y 103.1 LRJS, desplazando inadecuadamente la aplicación de la Lex Contractus (Ley francesa) según lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento Roma I para dirimir la citada cuestión.

**Palabras clave:** Ley aplicable, Derecho europeo, caducidad, Reglamento Roma I, contratos individuales de trabajo.

**Abstract:** Appeal against the judgment of the Social Court which dismissed the claim filed in the first instance for dismissal by considering the exception of lapsing of time filed by the defendant. The Chamber on appeal upholds the first instance decision and errs in classifying as procedural the expiration of the time bar of the action in accordance with the provisions of Articles 3 LEC, 59.3 ET and 103.1 LRJS, inappropriately displacing the application of the Lex Contractus (French Law) in accordance with the provisions of Article 12 of the Rome I Regulation to resolve the aforementioned issue.

**Keywords:** Applicable Law, European Law, expiry, Rome I Regulation, individual contracts of employment.

**Sumario:** I. Consideración preliminar. II. Hechos. III. Cuestiones controvertidas y un apunte sobre Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional. 2. Notas sobre la calificación de la caducidad de la acción ¿naturaleza material o procesal? IV. Consideración final.

## I. Consideración preliminar

1. El 9 de septiembre de 2020, la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) desestimó mediante Sentencia núm. 3819/2020<sup>1</sup> un recurso de suplicación surgido en un procedimiento de despido disciplinario ante el Juzgado de lo Social número 4 de Barcelona en el que de forma concreta se solicitaba revertir la sentencia de instancia que estimaba la excepción de caducidad de la acción esgrimida por la empresa demandada, para de esta forma, conseguir respecto del despido [...] *la nullitat per assetjament moral i subsidiàriament per acomiadament sense causa real i seria, a més, de reclamar les quantitats salarials pendents d'abonar, a més d'indemnitzacions compensatòries pels danys derivats de l'assetjament moral i despeses assumides.*

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. 3819/2020 de la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) la parte actora, con domicilio en París (Francia), prestaba servicios a tiempo completo para la demandada como consultora, y percibiendo una retribución de 57.600 € brutos anuales. El contrato original fue redactado en francés y las partes concertaron las condiciones de trabajo según lo preceptivamente exigido por el Code du Travail francés y el convenio colectivo de oficinas de estudios técnicos, despachos de ingeniería y asesor y sociedades de consultoría. La trabajadora prestaba servicios principalmente, pero no sólo, en España, y también ejercía el desempeño de su actividad laboral en Francia y otros países. La empresa extingue su vinculación con la trabajadora por falta grave. La trabajadora interpone demanda de despido ante la magistratura de trabajo de París que se declara incompetente territorialmente para conocer del asunto, cuestión que ratifica el Tribunal de Apelación de París indicando que los tribunales competentes son los españoles según el criterio del domicilio de la empleadora demandada.

4. Interpuesta acción de despido ante el Juzgado de lo Social número 4 de Barcelona, éste dicta sentencia absolviendo a la empresa demandada de todos y cada uno de los pedimentos por excepción de caducidad de la acción planteada.

5. El recurso de suplicación interpuesto por la actora, recurrente ante la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, no fue impugnado por la parte contraria.

6. El Juzgador de instancia basa su decisión de desestimación en la excepción de la caducidad al considerar acreditado que, según el derecho español, el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores regula un plazo de caducidad de 20 días hábiles. En efecto, el juzgador de instancia inadecuadamente concluye, y la Sala en súplica lo ratifica también inadecuadamente, que la caducidad como modo de extinción de la obligación, en este caso laboral, ostenta naturaleza procesal y no sustantiva o material, por lo cual entiende que la caducidad queda regida por la ley española, es decir, sujeta a la *Lex Fori*.

## III. Cuestiones controvertidas y un apunte sobre Derecho internacional privado

8. De lo expuesto en la sentencia analizada de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña afloran claramente dos cuestiones con incidencia directa e indirecta sobre las que cabe reflexionar desde nuestra

<sup>1</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 9 de septiembre de 2020, [CENDOJ. ECLI:ES: TSJCAT: 2020:7110].

disciplina del Derecho internacional privado<sup>2</sup>. En primer lugar, cabe efectuar una mención a los foros activables para interponer una acción de estas características derivada de un contrato individual de trabajo. De los datos y hechos recogidos en la sentencia del TSJ no cabe inferir más que una nota reflexiva sobre la incompetencia territorial esgrimida por los juzgados y tribunales franceses en primera y segunda instancia, siempre según los datos existentes en la citada resolución catalana y teniendo en cuenta las normas europeas de aplicación, el RBI bis en este caso. La sentencia advierte en el párrafo noveno de su antecedente de hecho segundo que [...] *la Sra. Blanca presentà escrit de desistiment de la demanda davant de la Magistratura de Treball de Paris, tot acceptant que la competència territorial per conèixer de l'assumpte corresponia als tribunals espanyols, un cop el Tribunal d'Apel·lació de París havia declarat, per resolució de 10-12-2015, que la competència territorial corresponia a la domicili de l'empleadora demanda.*

9. Advertida esta cuestión, no menor, y que traemos a análisis a pesar de no tratarse en la resolución, el debate jurídico principal lo centra la Sala en sus fundamentos de derecho segundo y tercero<sup>3</sup>. Es decir, en primer lugar, si ante el supuesto planteado debe o no considerarse que la caducidad de la acción queda regida por el plazo de 20 días hábiles del Estatuto de los Trabajadores, o si debe ser aplicado el derecho francés según lo dispuesto por el artículo 12 del Reglamento Roma I habida cuenta de que en el contrato existía una cláusula de elección de ley (ley francesa). Y en segundo lugar, si la institución de la caducidad ostenta naturaleza procesal o sustantiva.

## 1. Competencia judicial internacional. El foro del domicilio del empleador y el RBI bis.

10. Estando la empresa demandada domiciliada en España los Juzgados y Tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de la controversia suscitada por los servicios prestados por la trabajadora. No obstante expuesto esto, ante la contundencia esgrimida por los órganos jurisdiccionales franceses a la hora de concretar su incompetencia territorial, y sin más datos que los expuestos en la resolución objeto de este trabajo, debe recordarse que de la lectura combinada de los artículos 21 y 23 del RBI bis se proyectan distintos foros elegibles para aquellos supuestos en los que la trabajadora sea la parte 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, la trabajadora podrá demandar ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual 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 la trabajadora 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 a la trabajadora (artículo 21.1.a.ii)<sup>8</sup>. También cabría la

<sup>2</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.

<sup>3</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>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

posibilidad para las trabajadoras desplazadas 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 la trabajadora desplazada 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 empleada y empleador<sup>13</sup>. Eso sí, siempre y cuando el acuerdo atributivo de jurisdicción sea posterior al nacimiento del litigio o permita a la trabajadora formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en el comentado artículo 21 del RBI bis<sup>14</sup>. Por lo que en aplicación de los distintos criterios combinados aquí expuestos los juzgados y tribunales franceses en principio hubiesen podido conocer de la controversia suscitada (artículo 21.1.b.i.).

**10.** Expuesto lo que antecede, debe indicarse que la aplicación al caso del RBI bis es indiscutida y el foro del domicilio del empleador es perfectamente activable. Un foro, el del artículo 21.1.a del RBI bis, muy utilizado en la realidad práctica por parte de personas trabajadoras nacionales españolas, e incluso extranjeras, que prestan servicios como empleadas para empresas españolas y/o la Administración Pública española y sus organismos dependientes, muchas de ellas desempeñando habitualmente su trabajo en un tercer Estado.

**11.** El posicionamiento de la jurisprudencia española en este sentido es mayoritariamente claro, por ejemplo el TSJ de Madrid en su sentencia de 17 de abril de 2020<sup>15</sup> a la hora de determinar la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer del supuesto planteado según el artículo 21.1.a del RBI bis, fundamentos de derecho tercero y cuarto, indica:

[...] 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 [...]. 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 [...]

[...] 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.

**12.** En similares términos el propio TSJ de Madrid se expresó 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

---

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 (Dir.), *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.

<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> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), 17 de abril de 2020, [CENDOJ. ECLI: ES: TSJM: 2020:3732].

<sup>16</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2004, [CENDOJ. ECLI: ES: TSJM: 2004:14142].

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 [...] 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.*”.

13. 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 [...] español. Concluye la Sala del Tribunal Supremo muy acertadamente en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafos III y V que: “[...] *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 [...]*

[...] *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.*

14. En una resolución más reciente 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 que: “[...] *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*”<sup>20</sup>.

## 2. Notas sobre la calificación de la caducidad de la acción ¿naturaleza material o procesal?

15. Tal y como hemos dejado entrever, el motivo principal o debate jurídico lo centra la Sala en si ante el supuesto planteado debe o no considerarse que la caducidad de la acción queda regida por el

<sup>17</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2005, [CENDOJ. ECLI: ES: TSJM: 2005:953].

<sup>18</sup> STS (Sala de lo Social) de 12 de junio de 2003. [Aranzadi. RJ 2003\4585].

<sup>19</sup> STS (Sala de lo Social), de 16 de enero de 2018. [Aranzadi. ECLI: ES: TS: 2018:375].

<sup>20</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.

plazo de 20 días hábiles del Estatuto de los Trabajadores, o sí debe ser aplicado el derecho francés según lo dispuesto por el artículo 12.1.d del Reglamento Roma I. Es decir, que la Sala se centra en resolver la cuestión de calificación relativa a la institución de la caducidad. La solución que propone la Sala del TSJ de Cataluña en este caso, que mantiene y ratifica la solución de instancia, es desacertada al calificar la caducidad como una institución de naturaleza procesal y en consecuencia regida por la *Lex Fori* (ley española), desplazando el criterio hermenéutico e imperativo normativizado en el artículo 12.1.d del Reglamento Roma I<sup>21</sup> que indica sobre el ámbito de la ley aplicable que: La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: [...] d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo (*Lex Contractus*).

**16.** En efecto, es necesario advertir que en este caso concreto el debate sobre la calificación<sup>22</sup> de la acción de caducidad y su naturaleza procesal (y la consiguiente aplicación de la *Lex Fori*) o sustantiva (y la aplicación consiguiente de la *Lex Contractus*) no debe resolverse según criterios del artículo 12 del código civil<sup>23</sup>, sino más bien en aplicación de los criterios esgrimidos en el citado artículo 12.1.d de la norma de conflicto por excelencia para la determinación de las obligaciones contractuales vigente en nuestro ordenamiento jurídico (Reglamento Roma I)<sup>24</sup>.

**17.** A la luz de los argumentos jurídicos que hemos esgrimido con anterioridad, la Sala aboga inadecuadamente por aplicar e interpretar de forma combinada el artículo 3 LEC<sup>25</sup> ([...] los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas); el artículo 59.3 ET ([...] El ejercicio de la acción contra el despido [...] caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido); y el 103.1 LRJS (el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos [...]), para resolver el debate sobre la calificación que aflora en este supuesto y considerar procesal la naturaleza de la caducidad de la acción. Por lo que, instado el procedimiento judicial en España, y considerada la caducidad como instrumento procesal, la ley aplicable será la española y en consecuencia el plazo para el ejercicio de la acción habría caducado.

**18.** Es decir que, si calificamos de procesal la naturaleza de la caducidad, la excepción opuesta por la demandada debe ser asumida por el juzgado y la desestimación de la acción planteada es adecuada. En cambio, si calificamos de sustantiva la naturaleza de la caducidad, la excepción de caducidad esgrimida por la demandada sería desestimada y la controversia resuelta según la calificación que el derecho francés otorgue a la extinción por parte de la empresa del contrato de trabajo, y que parece según lo indicado en la sentencia pudiera beneficiar a la trabajadora (artículo 12.1.d Reglamento Roma I).

**19.** Lo expuesto hasta ahora no obsta para reconocer que aflora un amplio debate sobre cuestiones como la que nos ocupa, la caducidad, y cuya calificación como procesal o como sustantiva es discutida. La doctrina pone como ejemplo, entre otras cuestiones y sobre la prescripción que “*la prescripción liberatoria es considerada en los sistemas anglosajones una cuestión procesal o causa extintiva de la acción. Mientras que en los sistemas europeos se considera una cuestión sustantiva o límite temporal para el ejercicio del derecho subjetivo que se pretende hacer valer*”<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, nota 4, p. 1012.

<sup>22</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2020, Granada, Tirant lo blanch, pp. 556-579.

<sup>23</sup> L. ÁLVAREZ AGOÚES, “Acción de despido laboral, ley aplicable y cuestión calificatoria vinculada a la prescripción. A propósito de la sentencia N° 300/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social”, *CDT*, Marzo 2021, Vol. 13, n° 1, pp. 702-713.

<sup>24</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11ª edición, 2020, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, p. 662.

<sup>25</sup> Sobre el artículo 3 LEC, A.L. CALVO CARAVACA, “La regla *Lex Fori Regit Processum* y la legitimación procesal en los litigios internacionales. Tesis del Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Volumen 1, 2019, Murcia, Rapid Centro Color, pp. 1-32.

<sup>26</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Op. cit.*, nota 25, p.15.

**20.** En definitiva, abogamos por considerar que únicamente las cuestiones de nítido carácter procesal quedan amparadas por el artículo 3 LEC y en consecuencia regidas por la *Lex Fori*. De esta manera, debemos subrayar que para la cuestión y el concreto caso que nos ocupa, y muy conscientes de que la prescripción y/o la caducidad suelen hacerse valer como medio defensa propiamente procesal, la caducidad conlleva la inexigibilidad de la obligación y éste es el argumento nuclear que tiene en consideración la doctrina para argumentar de forma muy acertada que debe quedar regulada por la *Lex Contractus*<sup>27</sup>. Para este caso, la Ley francesa, puesto que es la ley elegida por las partes de forma válida para regir la relación contractual laboral que les unía atendiendo a lo dispuesto por el artículo 3 del Reglamento Roma I en combinación con lo dispuesto por el artículo 8 de la misma norma europea.

**21.** Es diversa, y en ocasiones contradictoria, la jurisprudencia que permite directa o indirectamente observar un posicionamiento referente al carácter material o sustantivo de la caducidad y/o la prescripción regido por la *Lex Contractus*. Aunque debe también indicarse que hay otros posicionamientos que se muestran en contra de dicha calificación observando una naturaleza procesal de la cuestión regida por la *Lex Fori*.

**22.** Entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), de 2 de febrero de 2010<sup>28</sup> en el párrafo tercero de su Fundamento de Derecho Tercero viene a disponer sobre la proyección de la *Lex Contractus* y los Convenios de Roma y Reglamento Roma I que: [...] *En aquest sentit, per il·lustrar el que aquí es debat, cal fer esment al “Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuales”, fet a Roma el 19 de juny de 1980, que en el seu article 10 disposa que la llei aplicable al contracte regirà també els modes d’extinció i en concret, la prescripció -actualment regulat al art. 12.1 d) del Reglament (CE) n° 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuales (Roma I)- I en igual sentit, el Conveni sobre la llei aplicable als accidents de circulació per carretera, fet a La Haia el 4 de maig de 1971 que a l’article 8 -8 diu que la llei que resulti aplicable regirà també per determinar la prescripció, disposicions que reforcen la idea de que la obligació ha de ser regulada per una mateixa norma, tant pel que fa als requisits de la seva validesa com aquells que afecten a la seva extinció [...]*

**23.** Por otro lado, el Tribunal Supremo, Sala de los Social (Sección 1ª), en su sentencia de 3 de junio de 2013<sup>29</sup>, aunque muestra implícitamente dudas y cierta crítica sobre la naturaleza sustantiva de la caducidad, lo cierto es que expresamente no menciona conformidad con una calificación procesal de la institución, así en el párrafo quinto de su Fundamento de Derecho Tercero indica lo siguiente: [...] *desde hace tiempo se ha venido considerando como un plazo de caducidad verdaderamente singular, pues su teórica naturaleza sustantiva siempre se ha visto afectada por incidencias normativas o regulaciones legales típicamente procesales [...]*.

**24.** En términos muy claros se pronuncia sobre la naturaleza sustantiva de la institución de la caducidad el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su sentencia de 15 de marzo de 2005<sup>30</sup>, párrafo segundo de su Fundamento de Derecho Tercero: [...] *Ciertamente, el plazo de veinte días que para el ejercicio de la acción de despido establece el art. 59.3 del ET, es de caducidad, y la institución de la caducidad opera, en principio, en el plano del Derecho material o sustantivo y no en el del Derecho procesal, y así lo ha señalado ya esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 14 de junio de 1988, [...] en cuyo cuarto fundamento se dice que «el plazo que se estudia tiene entidad sustantiva y no procesal, pues sólo gozan de esta última condición aquellos que marcan los tiempos del proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial. [...] El plazo de caducidad que se examina se desarrolla fuera y antes del proceso, aunque opere como día final el de presentación de la demanda; no media durante su transcurso actuación judicial alguna, pues, como es obvio, no es tal ni tiene entidad procesal [...]*.

<sup>27</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, nota 4, p. 813.

<sup>28</sup> SAP de Barcelona (sección 1ª), 2 de febrero de 2010, [Aranzadi. ECLI: ES: APB: 2010:1030].

<sup>29</sup> STS (Sala de lo Social), 3 de junio de 2013, [Aranzadi. ECLI: ES: TS: 2013:3481].

<sup>30</sup> STS (Sala de lo Social), 15 de marzo de 2005, [Aranzadi. RJ2005\3506].

25. En muy similares términos a la anterior, citando expresamente el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución antes comentada se vuelve a posicionar la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los párrafos 4 y 5 del Fundamento de Derecho Segundo en su sentencia de 23 de enero de 2006<sup>31</sup> incorporando en su 5 párrafo lo siguiente: [...] *Ahora bien, pese a que la caducidad para el ejercicio de la acción por despido tenga carácter material o sustantivo, ello no impide que se trate de un supuesto de caducidad atípica y “sui generis”, como lo demuestra el hecho de que, conforme a una doctrina civilista prácticamente unánime, la caducidad –a diferencia de lo que sucede con la prescripción– no es susceptible de interrupción o de suspensión, sino que opera de manera fatal por el mero transcurso del plazo y, además, los plazos de caducidad, como todos los civiles, se cuentan de fecha a fecha, sin descontar los días inhábiles, tal como establece el art. 5.2 del Código Civil .*

26. En sentido contrario, entre otros posicionamientos jurisprudenciales que resaltan la naturaleza procesal de estas instituciones, cabe citar en relación únicamente a la prescripción, la sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 1 de octubre de 2014<sup>32</sup>, que viene a disponer en su Fundamento de Derecho Tercero que: [...] *La prescripción del artículo 59 del E.T., 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. Lo que impide estimar este cuarto motivo del recurso debiéndose mantener lo resuelto en la instancia al estimar la excepción de la acción ejercitada por los demandantes aplicando el plazo de un año establecido al respecto en el art. 59 del E.T.*

#### IV. Consideración final

19. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña mantiene inadecuadamente el pronunciamiento de instancia al desestimar el recurso interpuesto en súplica por la trabajadora. De esta manera refrenda el argumento de instancia sosteniendo que la acción de despido de la trabajadora ha caducado por aplicación del instituto de la caducidad y desplaza el criterio hermenéutico e imperativo normativizado en el artículo 12.1.d del Reglamento Roma I que indica que la ley aplicable al contrato regirá la caducidad basada en la expiración de un plazo. En efecto, se reproduce un debate sobre la naturaleza procesal o sustantiva de la institución de la caducidad que a la luz de lo previsto por el artículo 12.1.d del Reglamento Roma I no debiera generar problema alguno en materia de calificación y debiera entenderse para estos concretos supuestos ya superado.

<sup>31</sup> STS (Sala de lo Social), de 23 enero 2006, [Aranzadi. RJ\2006\347].

<sup>32</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), 1 de octubre de 2014, [CENDOJ. ECLI: ES: TSJM: 2014:11134].

EL FORO DEL ART. 10 DEL REGLAMENTO 2201/2003:  
STJUE 24 MARZO 2021, ASUNTO C-603/20 PPU, *SS Y MCP*

ARTICLE 10 COUNCIL REGULATION 2201/2003:  
ECJ JUDGEMENT OF 24 MARCH 2021, CASE C-603/20 PPU,  
*SS V MCP*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 11.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6281>

**Resumen:** Este trabajo versa sobre la STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS v MCP*, relativa a la interpretación del art. 10 del Reglamento 2201/2003. El TJUE considera que el art. 10 no resulta de aplicación para determinar la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto, si un menor ha adquirido la residencia habitual en un tercer Estado, tras un traslado o retención ilícitos.

**Palabras clave:** Reglamento 2201/2003, competencia judicial internacional, sustracción internacional de menores, responsabilidad parental, residencia habitual.

**Abstract:** This article deals with the Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 24 March 2021, Case C-603/20 PPU, *SS v MCP*, related to the interpretation of Article 10 of Council Regulation (EC) 2201/2003. The Court considers that Article 10 is not applicable to determine jurisdiction if a child has acquired his or her habitual residence in a third State following a wrongful removal or retention in that State.

**Keywords:** Council Regulation (EC) 2201/2003, jurisdiction, international child abduction, parental responsibility, habitual residence.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Restitución versus responsabilidad parental. IV. Competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto en caso de sustracción internacional. 1. Aspectos previos. 2. La génesis del Reglamento 2201/2003. 3. El tenor literal del art. 10 del Reglamento 2201/2003. 4. Regla de competencia especial (art. 10) versus regla de competencia general (art. 8). 5. Interés superior del menor y principio de proximidad. 6. Relación con el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El presente trabajo trata sobre la STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, relativa a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental<sup>1</sup>.

El asunto se refiere a una menor de nacionalidad británica que fue trasladada por su madre desde el Reino Unido a la India, siendo el padre el que acude a los tribunales británicos para que se pronuncien sobre la responsabilidad parental.

<sup>1</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0603&qid=1622126647686>

2. Fundamentalmente, se analizará si el art. 10 del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*, resulta o no aplicable en caso de conflicto de competencia entre un Estado miembro y un tercer Estado<sup>2</sup>.

Cabe tener presente que: a) como la demanda fue presentada por el padre ante los tribunales británicos en agosto de 2020, se trata de un asunto que fue planteado ante tribunales de un Estado que todavía aplicaba el Reglamento 2201/2003; b) como la cuestión fue planteada al TJUE en noviembre de 2020, es decir, antes de que finalizase el período transitorio, el TJUE resulta competente para responder a la cuestión<sup>3</sup>.

## II. Hechos del caso

3. En el año 2017, nació una menor, hija de padre y madre no casados. Los progenitores eran nacionales de la India y tenían permiso de residencia en el Reino Unido, mientras que la menor era de nacionalidad británica<sup>4</sup>.

4. En octubre de 2018, la menor viajó con la madre a la India<sup>5</sup>. Al cabo de unos meses, mientras que la madre regresó al Reino Unido, la menor permaneció en la India con la abuela materna<sup>6</sup>. Según se indica en el relato de los hechos, a partir de entonces la menor únicamente volvió al Reino Unido durante un breve período en abril de 2019<sup>7</sup>.

5. En agosto de 2020, el padre solicitó ante los tribunales británicos la restitución de la menor y, por otra parte, que se pronunciaran sobre aspectos relativos al fondo del asunto<sup>8</sup>. La madre impugnó la competencia judicial internacional de los tribunales británicos, considerando que la menor no residía habitualmente en el Reino Unido<sup>9</sup>. Se apunta que los tribunales británicos destacaron “que, aun teniendo plenamente en consideración las alegaciones de la madre, es muy probable que su comportamiento sea constitutivo de un traslado o retención ilícitos de la menor en la India”<sup>10</sup>.

6. La *High Court of Justice (England and Wales), Family Division*, planteó al TJUE si resultaba aplicable el art. 10 del Reglamento 2201/2003, teniendo presente que la menor había sido trasladada a un tercer Estado<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> DOCE núm. L 338, de 23 diciembre 2003, pp. 1 y ss., modificado por el *Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 diciembre 2004* (DOCE núm. L 367, de 14 diciembre 2004, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/2201/oj>). El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003 es una de las reglas que se mantienen, pasando a ser el art. 9, en 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*, DOUE núm. L 178, de 2 julio 2019, disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj> (vid. 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, 2020, p. 5).

<sup>3</sup> CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, disponibles en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CC0603&qid=1623074671373>, apartado 37.

<sup>4</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 19. Con respecto a la relevancia de la nacionalidad de la menor, vid. CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartados 72 a 78.

<sup>5</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 21.

<sup>6</sup> *Ibidem*, apartados 21 y 22. En las CAG, consta que el regreso se debió a que la normativa india en materia de inmigración no permitía a la menor permanecer allí más de 180 días (CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 21).

<sup>7</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 22.

<sup>8</sup> *Ibidem*, apartado 25.

<sup>9</sup> *Ibidem*, apartado 26.

<sup>10</sup> CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 26. Vid. también el apartado 20, en el que se indica que la madre había alegado que tanto ella como la menor habían sido víctimas de violencia ejercida por el padre, y que ya en otra ocasión la madre y la menor se habían trasladado a la India.

<sup>11</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 30.

### III. Restitución *versus* responsabilidad parental

7. Cuando un menor es víctima de una sustracción internacional, cabe distinguir entre el mecanismo de *restitución* y el procedimiento relativo al *fondo del asunto*<sup>12</sup>.

8. Cabe comenzar señalando que, en materia de sustracción internacional de menores, el Reglamento 2201/2003 contempla una serie de correcciones que operan en el ámbito del procedimiento de restitución del *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>13</sup>. Estas correcciones se encuentran previstas, fundamentalmente, en el art. 11. Dicho precepto establece que serán de aplicación cuando el titular del derecho de custodia solicite, conforme al Convenio de La Haya de 1980, la restitución de un menor que, teniendo su residencia habitual en un Estado miembro, se encuentra sustraído en otro Estado miembro<sup>14</sup>.

9. Como los Estados miembros del Reglamento emplean el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980 con unas correcciones, es preciso, para activar el art. 11, que el Convenio resulte de aplicación. Para ello, tendrían que darse las siguientes condiciones<sup>15</sup>:

- a) en virtud del art. 4 del Convenio, un “menor” es una persona de edad inferior a dieciséis años;
- b) el país de origen del menor -país de su residencia habitual anterior a la sustracción-, y el país requerido -país en el que se encuentra el menor-, han de ser Estados parte del Convenio; y
- c) el menor tiene que haber sido trasladado o retenido en el país requerido, con infracción del derecho de custodia atribuido conforme al Derecho vigente en el país de origen (art. 3).

En el caso del mecanismo de restitución, son competentes los tribunales del país requerido, es decir, aquél al que el menor ha sido ilícitamente trasladado o en el que encuentra ilícitamente retenido; ya que en este punto el Reglamento no contempla corrección alguna al Convenio de La Haya de 1980<sup>16</sup>. Conforme al art. 16 del Convenio, los tribunales del país requerido han de pronunciarse sobre la *restitución*, no pudiendo entrar al fondo del asunto hasta que: a) se haya determinado que no procede la restitución del menor; o b) no se haya presentado demanda de restitución en un plazo razonable<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Entre otros, vid. 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.CDT*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 677; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 785-786; I. LORENTE MARTÍNEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 13, núm. 1, 2021, p. 972; 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.CDT*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 887. Con respecto a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 cuando no se da la circunstancia de que ambos países son Estados miembros, vid., entre otros, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 134-152.

<sup>13</sup> Ratificado por Instrumento de 28 mayo 1987 (BOE núm. 202, de 24 agosto 1987; rect. BOE núm. 155, de 30 junio 1989; BOE núm. 21, de 24 enero 1996, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691>).

<sup>14</sup> Vid., entre otros, 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.CDT*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 878-879.

<sup>15</sup> Entre otros, vid. 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.CDT*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 673-674; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial Barcelona (sección 18ª) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 643-646; I. LORENTE MARTÍNEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 13, núm. 1, 2021, p. 969.

<sup>16</sup> Al respecto, vid. los arts. 11, 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

<sup>17</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 785-786.

**10.** El caso objeto de análisis versa sobre la competencia judicial internacional de los tribunales británicos, por lo que cabe plantearse si dicha competencia podría referirse al procedimiento de restitución. En el caso, la menor se encuentra en la India, entendiéndose el padre que ello se debe a que ha sido víctima de una sustracción internacional. Cabe tener presente que la India no es un Estado parte del Convenio de La Haya de 1980<sup>18</sup>. Por ello, no cabría aplicar ni el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980, ni las correcciones que contempla el Reglamento 2201/2003 en su art. 11.

Además, aunque la India fuera un Estado parte del Convenio de La Haya de 1980 y el mecanismo de restitución pudiera ser aplicado, la competencia judicial internacional de los tribunales británicos no podría basarse en dicho Convenio. Ello se debe, como hemos indicado, a que los tribunales competentes para pronunciarse sobre la restitución serían los tribunales del país requerido, es decir, los tribunales de la India.

**11.** Una vez descartada la posibilidad de que la competencia judicial internacional de los tribunales británicos se refiera al mecanismo de restitución, cabe plantearse si pueden ser competentes para conocer del *fondo del asunto*.

Entre los foros que al respecto contempla el Reglamento 2201/2003, se encuentra el art. 10, sobre el que versa el pronunciamiento del TJUE.

#### **IV. Competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto en caso de sustracción internacional**

##### **1. Aspectos previos**

**12.** En sus arts. 8 y siguientes, el Reglamento 2201/2003 contempla foros en materia de responsabilidad parental. En virtud de dichos foros, los tribunales pueden pronunciarse sobre los derechos y deberes relativos a la persona y/o los bienes de un menor (art. 2, apartado 7, Reglamento 2201/2003). Es decir, conforme a tales foros, sí cabe entrar al fondo del asunto.

**13.** Con carácter general, el Reglamento establece que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental corresponde a los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor al tiempo de presentación de la demanda (art. 8.1). No obstante, el art. 8.2 matiza que: “El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12”.

**14.** Como se verá, la STJUE versa, fundamentalmente, sobre el art. 10 del Reglamento 2201/2003. Cabe precisar que, como se ha indicado que el art. 8 está sujeto también al art. 12 del Reglamento, y los progenitores de la menor eran una pareja no casada, los tribunales británicos se plantearon la aplicación del art. 12.3 del Reglamento. Dicha opción fue descartada porque uno de los requisitos que establece el precepto es que la “competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento...” y no existía tal aceptación por parte de la madre<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Vid. el listado de Estados parte, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 7 junio 2021). Con respecto a las consecuencias de que uno de los países no sea parte del Convenio de La Haya de 1980, vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 825-833.

<sup>19</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 27 y 63; CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 93. La falta de aceptación de la madre impide también aplicar el art. 12.4 del Reglamento, que hace alusión a la residencia habitual en un tercer Estado no parte en el Convenio de La Haya de 1996 (CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 94). Al respecto, vid. COMISIÓN EUROPEA, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, 2015, p. 33, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed> (fecha de consulta: 9 junio 2021).

15. Volviendo al art. 8 del Reglamento 2201/2003, cabe apuntar que fue diseñado, con carácter general, para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental<sup>20</sup>. En cambio, el art. 10 está previsto, expresamente, para los casos en que dicha responsabilidad parental se refiere a un menor que ha sido víctima de una sustracción internacional<sup>21</sup>.

16. Para determinar si el art. 10 resulta de aplicación por los tribunales británicos, a pesar de que la menor se encuentra en un tercer Estado, se observa que el TJUE toma en consideración diferentes elementos:

- la génesis del Reglamento 2201/2003,
- el tenor literal del art. 10 del Reglamento 2201/2003,
- la regla de competencia especial del art. 10 *versus* la regla de competencia general del art. 8 del Reglamento 2201/2003,
- el interés del menor y el principio de proximidad, y
- la relación del Reglamento 2201/2003 con el Convenio de La Haya de 1980 y con *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>22</sup>.

## 2. La génesis del Reglamento 2201/2003

17. Cuando la Unión Europea se planteó la necesidad de elaborar un Reglamento que resultase de aplicación, entre otros aspectos, a la sustracción internacional de menores, señala el TJUE que el objetivo era el de establecer el régimen aplicable “a las sustracciones de menores en el interior de la Unión”<sup>23</sup>. En cambio, las sustracciones en las que no se diese tal circunstancia, seguirían siendo reguladas por Convenios internacionales, como el Convenio de La Haya de 1980 -que ya estaba en vigor antes de que viera la luz el Reglamento 2201/2003-<sup>24</sup>.

Al respecto, el TJUE recuerda que en el *Informe* sobre la Propuesta de Reglamento que elaboró la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, se hacía alusión al futuro Reglamento “como un instrumento que puede proporcionar un sistema más integrado dentro de la Unión Europea y funcionar junto con los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 en la esfera internacional”<sup>25</sup>.

Así, por lo que se refiere al Convenio de La Haya de 1980, la doctrina señala que el Reglamento 2201/2003 sigue la *tesis de la alteración del Convenio*, de tal forma que, si el país de origen y el país requerido son Estados miembros del Reglamento, se aplica el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980, con las correcciones del Reglamento<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 45.

<sup>21</sup> *Ibidem*, apartado 47.

<sup>22</sup> Vid. *Instrumento de Ratificación 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* núm. 291, de 2 diciembre 2010, disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-18510](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-18510)

<sup>23</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 50.

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, apartado 52. *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n° 44/2001 en materia de alimentos* (COM(2002) 222 – C5-0234/2002 – 2002/0110(CNS)), Final A5-0385/2002, Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, Parlamento Europeo, 7 noviembre 2002, versión en español (p. 20), disponible en <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2002-0385+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES> (fecha de consulta: 9 junio 2021).

<sup>26</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 824-825.

18. Como el Reglamento 2201/2003 fue diseñado, en lo que respecta a la sustracción de menores, para que sus previsiones fueran aplicadas cuando el país de origen y el país requerido fuesen -ambos- Estados miembros; considera el TJUE que no cabe su aplicación al caso objeto de análisis, al ser el país requerido un tercer Estado -India-<sup>27</sup>.

### 3. El tenor literal del art. 10 del Reglamento 2201/2003

19. En el art. 10 del Reglamento 2201/2003, que lleva por título “Competencia en caso de sustracción de menores”, cabe distinguir<sup>28</sup>:

- a) Regla general: la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, relativa a un menor que ha sido víctima de una sustracción, corresponde a los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor anterior a la sustracción.
- b) Regla excepcional: la competencia judicial internacional corresponderá a los tribunales del Estado miembro de la nueva residencia habitual si se da uno de los siguientes supuestos:
  - el titular del derecho de custodia ha dado su conformidad al traslado o retención del menor, o bien
  - el menor, que lleva residiendo al menos durante 1 año en el Estado miembro de la sustracción, se encuentra integrado en su nuevo medio y, cumulativamente, se da una de las condiciones de los apartados i a iv) del art. 10<sup>29</sup>.

20. El precepto contempla la posibilidad de que la competencia judicial internacional de los tribunales de un *Estado miembro* -residencia habitual previa a la sustracción- se transfiera a los tribunales de otro *Estado miembro* -nueva residencia habitual como consecuencia de la sustracción-<sup>30</sup>. Se observa que se emplea el término Estado miembro, y no otras expresiones como *Estado* o *Estado tercero*<sup>31</sup>. Así, entiende el TJUE que los criterios del art. 10 del Reglamento 2201/2003 “se refieren a una situación que se circunscribe al territorio de los Estados miembros”<sup>32</sup>.

No acoge así el TJUE la interpretación propuesta por el Abogado General, que planteaba que, en virtud del art. 10 del Reglamento, la transferencia de competencia se produciría si el menor fuera trasladado o retenido en un Estado miembro<sup>33</sup>. En cambio, si el menor fuera trasladado o retenido en un tercer Estado, sostenía el Abogado General que, al no producirse la mencionada transferencia, el Estado miembro de residencia habitual anterior a la sustracción conservaría su competencia<sup>34</sup>.

21. En el ámbito del art. 10, entiende el TJUE que existe un potencial conflicto de competencia entre tribunales de diferentes Estados miembros<sup>35</sup>. Esta idea ya había sido acogida en su Sentencia de 17 octubre 2018, asunto C-393/18 PPU, *UD contra XB*<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 50.

<sup>28</sup> Sobre los distintos supuestos del art. 10 del Reglamento 2201/2003, vid., entre otros, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 102-112.

<sup>29</sup> El plazo de 1 año se computa desde que el titular del derecho de custodia tuvo o debió haber tenido conocimiento de su paradero (art. 10.b) Reglamento 2201/2003).

<sup>30</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 38. Vid., entre otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, p. 15.

<sup>31</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 40.

<sup>32</sup> *Ibidem*, apartado 39.

<sup>33</sup> CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartados 53 a 56.

<sup>34</sup> *Ídem*.

<sup>35</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 41.

<sup>36</sup> STJUE 17 octubre 2018, asunto C-393/18 PPU, *UD contra XB*, ECLI:EU:C:2018:835, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0393&qid=1622472470300>

En dicho asunto, relativo a una menor nacida en Bangladés, que nunca había estado presente en territorio británico, se consultó si la presencia física de un menor en un Estado miembro era un elemento esencial de la residencia habitual, a los efectos del art. 8.1 del Reglamento 2201/2003<sup>37</sup>. Al respecto, se señaló que el art. 8 del Reglamento 2201/2003 no requería que se vieran implicados varios Estados miembros, sino que “a diferencia de algunas disposiciones del Reglamento (...) —como son sus artículos 9, 10 y 15—, cuyos términos implican necesariamente que su aplicación depende de la existencia de un potencial conflicto de competencia entre órganos jurisdiccionales pertenecientes a varios Estados miembros, del tenor del artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento no se desprende que esa disposición se limite a litigios relativos a tales conflictos”<sup>38</sup>.

Así, se reitera, como había indicado el TJUE, la necesidad de un potencial conflicto de competencia entre tribunales de *Estados miembros*, para la aplicación del art. 10 del Reglamento<sup>39</sup>. Por lo tanto, entiende el TJUE que el art. 10 no puede ser empleado para resolver un conflicto de competencia entre un Estado miembro y un tercer Estado<sup>40</sup>.

#### 4. Regla de competencia especial (art. 10) versus regla de competencia general (art. 8)

**22.** Como se ha adelantado, el foro general que el Reglamento 2201/2003 contempla en materia de responsabilidad parental, es el del Estado miembro de residencia habitual del menor al tiempo de la presentación de la demanda (art. 8.1). Entre las excepciones, se encuentra el art. 10 de dicho Reglamento.

Si, en materia de responsabilidad parental de un menor que ha sido víctima de una sustracción internacional se aplicase, con carácter general, la regla del art. 8.1, ello permitiría que el sustractor acabase provocando la competencia judicial internacional del Estado miembro de la sustracción. Por ello, únicamente si se dan las circunstancias del art. 10 -apartados a) o b)-, la competencia judicial internacional se transferirá a los tribunales del Estado miembro de la sustracción<sup>41</sup>.

Como la menor del caso objeto de análisis se encuentra residiendo en un tercer Estado -India-, no cabría aplicar el art. 8.1 del Reglamento, al no residir habitualmente en un Estado miembro<sup>42</sup>. Al no darse el supuesto del foro general (art. 8.1), la regla especial del art. 10 que, dependiendo de las condiciones, permitiría conservar la competencia, tampoco resulta aplicable<sup>43</sup>.

**23.** Al ser el art. 10 del Reglamento 2201/2003 una regla especial, el TJUE añade que ha de ser objeto de una interpretación estricta, no pudiendo ser interpretado atendiendo a una sola parte de su redacción<sup>44</sup>. Así no cabe admitir que el inicio del precepto “En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia...” no va unido a la segunda parte “...hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro...”<sup>45</sup>. Es decir, no cabe sostener que la primera parte del precepto permita conservar de manera indefinida su competencia al Estado miembro de la residencia habitual anterior a la sustracción, cuando el país de la sustracción es un tercer Estado<sup>46</sup>.

<sup>37</sup> *Ibidem*, apartado 16.

<sup>38</sup> *Ibidem*, apartados 32 y 33.

<sup>39</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 41.

<sup>40</sup> *Ídem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, apartado 45.

<sup>42</sup> *Ibidem*, apartado 46.

<sup>43</sup> *Ídem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, apartado 47.

<sup>45</sup> *Ibidem*, apartado 48.

<sup>46</sup> *Ibidem*, apartados 46 y 48.

## 5. Interés superior del menor y principio de proximidad

24. Añade el TJUE que, si el Estado miembro de residencia habitual anterior a la sustracción pudiera conservar su competencia de manera indefinida, ello no respondería al interés superior del menor, al no darse preferencia al criterio de proximidad<sup>47</sup>. Al respecto, recordando el asunto *Povse*, el TJUE pone de manifiesto la necesidad de encontrar un equilibrio entre el objetivo de evitar que quien sustrae al menor logre una ventaja derivada de la sustracción que ha llevado a cabo, y la conveniencia de respetar el criterio de proximidad<sup>48</sup>.

Así, si el tribunal del Estado miembro de origen pudiera conservar su competencia sin que fueran tomadas en consideración las características de la situación del concreto menor, podría impedir que se declarase competente el tribunal que resultase “más idóneo”<sup>49</sup>. Se indica que esta idea también se recoge en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980<sup>50</sup>. Como hemos señalado con anterioridad, el Convenio contempla que ello puede ocurrir cuando se haya determinado que no procede la restitución del menor; o cuando no se haya presentado demanda de restitución en un plazo razonable.

25. En cambio, el Abogado General recuerda que la regla general es que, en caso de sustracción ilícita de un menor, los tribunales del Estado miembro de origen han de conservar su competencia, para evitar así que una acción ilegal pueda provocar un cambio de competencia<sup>51</sup>. Entiende así que, si uno de los objetivos del Reglamento es disuadir de las sustracciones de menores, no debería basta la sustracción en un tercer Estado para dejar de aplicar el art. 10 y para que el menor quede privado de los derechos que le confiere el Reglamento<sup>52</sup>.

## 6. Relación con el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996

26. El TJUE también plantea las consecuencias que la interpretación del art. 10 del Reglamento 2201/2003 puede tener sobre otros Convenios internacionales, como el Convenio de La Haya de 1996 y el Convenio de La Haya de 1980.

27. El Convenio de La Haya de 1996 resulta aplicable a las medidas de protección y a la responsabilidad parental de las personas de edad inferior a 18 años. Por lo que respecta al caso objeto de análisis, resulta especialmente relevante su art. 7, en el que se contempla un foro en materia de medidas de protección, para el caso de menores que han sido víctimas de una sustracción internacional.

El art. 10 del Reglamento 2201/2003 y el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 comparten determinadas características:

- se aplican para determinar la competencia judicial internacional con respecto al fondo del asunto,
- con carácter general, establecen que las autoridades competentes son las del país de residencia habitual del menor anterior a la sustracción,
- con carácter excepcional, contemplan una serie de supuestos en los que la competencia judicial internacional será asumida por las autoridades de la residencia habitual posterior a la sustracción,
- el primero de los supuestos consiste en el consentimiento del titular del derecho de custodia al traslado o retención,

<sup>47</sup> *Ibidem*, apartado 58.

<sup>48</sup> *Ibidem*, apartado 59, haciendo referencia a la STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Doris Povse contra Mauro Alpagó*, ECLI:EU:C:2010:400, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0211&qid=1622714691631>

<sup>49</sup> *Ibidem*, apartado 60.

<sup>50</sup> Vid. § 9 del presente trabajo.

<sup>51</sup> CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartados 67 a 69.

<sup>52</sup> *Ibidem*, apartado 70.

- el segundo de los supuestos exige que el menor lleve residiendo habitualmente 1 año en el país de la sustracción -desde que el titular del derecho de custodia conoció o debió haber conocido el paradero del menor- y se encuentre integrado en el nuevo medio. A ello se añade, en el caso del Convenio de La Haya de 1996 “sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo”, mientras que en el Reglamento se detallan cuatro supuestos: a) que no se haya presentado una demanda de restitución, b) que se haya desistido de la demanda de restitución, c) que se haya archivado la demanda de restitución, d) que los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor anterior a la sustracción hayan dictado una resolución sobre el fondo del asunto que no implique la restitución.

**28.** El TJUE plantea que, si el art. 10 del Reglamento 2201/2003 permitiera, por encontrarse el menor sustraído en un Estado no miembro, conservar con carácter indefinido la competencia judicial internacional a los tribunales del Estado miembro de origen, entonces quedaría excluida cualquier transferencia de competencia en virtud del art. 7 del Convenio de La Haya de 1996<sup>53</sup>. Si se bloquease la transferencia de competencia entre tribunales de Estados parte del Convenio de La Haya de 1996, ello supondría una vulneración del art. 52.3 del Convenio de La Haya de 1996: “Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes”<sup>54</sup>.

**29.** Así, cuando sea preciso determinar si ha de conservar la competencia judicial internacional el país de origen o si ha de ser transferida al país en el que el menor reside como consecuencia de la sustracción, el art. 10 del Reglamento únicamente podrá ser aplicado si ambos países son Estados miembros del mismo<sup>55</sup>.

En cambio, si no se cumple que ambos países son Estados miembros del Reglamento, pero sí son ambos Estados parte del Convenio de La Haya de 1996, ha de aplicarse el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996<sup>56</sup>.

Así, el TJUE determina que “en el caso de que un menor haya sido objeto de sustracción con traslado a un Estado tercero, en el que haya adquirido, como consecuencia de esa sustracción, una residencia habitual, y de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conoce de una acción de responsabilidad parental constate que, a falta de acuerdo entre las partes en el procedimiento sobre la competencia, no puede fundar su competencia en el artículo 12 del Reglamento n.º 2201/2003 (...) deberá establecer su competencia con fundamento en los convenios internacionales bilaterales o multilaterales eventualmente aplicables o, en ausencia de tales convenios internacionales, en virtud de sus normas nacionales, de conformidad con el artículo 14 del mencionado Reglamento”<sup>57</sup>.

**30.** Ahora bien, cabe tener presente que el país en el que se encuentra la menor -India- no es parte del Convenio de La Haya de 1996<sup>58</sup>. Así, tal como indica el Abogado General, la no aplicación del art. 10 del Reglamento no queda suplida por el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996<sup>59</sup>.

Aunque el art. 7.1 del Convenio de La Haya de 1996 determina que “(...) las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia

<sup>53</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartados 55 y 62.

<sup>54</sup> *Ibidem*, apartado 55 y 56.

<sup>55</sup> *Ibidem*, apartado 57. Sobre el foro equivalente del Reglamento 2019/1111, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de derecho transnacional. CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 107.

<sup>56</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de derecho transnacional. CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 107.

<sup>57</sup> STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 63.

<sup>58</sup> Vid. el listado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (fecha de consulta: 3 junio 2021).

<sup>59</sup> CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 85.

habitual en otro Estado y (...)”, cabe entender que este “otro Estado” ha de ser un Estado contratante. Esta idea encuentra respaldo en el art. 7.3, que hace alusión a “las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido...”.

**31.** Considerando que no resulta aplicable el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 y que tampoco existen otros foros en dicho Convenio que, en el caso objeto de análisis, permitan declararse competentes sobre el fondo el asunto a los tribunales británicos<sup>60</sup>; entendemos que en este caso los tribunales del Reino Unido tendrán que determinar su competencia en virtud de otro convenio internacional del que sean parte tanto el Reino Unido como la India y, en defecto del mismo, tendrán que aplicar sus normas de Derecho internacional privado de producción interna<sup>61</sup>.

## V. Conclusiones

**32.** En el presente caso se pone de manifiesto la dificultad para determinar la competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto, si se considera que un menor que residía habitualmente en un Estado miembro puede haber sido trasladado o retenido ilícitamente en un tercer Estado.

**33.** Si ambos países fuesen Estados miembros del Reglamento 2201/2003, el art. 10 determinaría si el Estado miembro de origen puede conservar su competencia judicial internacional o si dicha competencia ha de ser transferida al Estado miembro de la sustracción.

Si no fuesen Estados miembros del Reglamento 2201/2003 ambos países, pero sí fuesen Estados parte Convenio de La Haya de 1996, entonces el art. 7 del Convenio sería el que determinaría si procede conservar o transferir la competencia judicial internacional.

Así, cabe entender que operan *inter partes* tanto el art. 10 del Reglamento 2201/2003 como el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996.

**34.** Ahora bien, de la interpretación del TJUE se desprende que entonces existen situaciones no cubiertas por el art. 10 del Reglamento ni por el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996. En tal caso, si no existe otro convenio internacional en vigor entre el país de la sustracción y el Estado miembro de origen, el Estado miembro de origen tendrá que determinar si dispone de competencia judicial internacional en virtud de sus normas de Derecho internacional privado de producción interna, conforme al art. 14 del Reglamento 2201/2003.

Si las normas de competencia judicial internacional de producción interna se basan en foros como el de residencia habitual del menor al tiempo de presentación de la demanda, la acumulación de competencia condicionada a la aceptación de los progenitores, o la presencia del menor; entonces el Estado miembro de origen no podrá entrar a conocer del fondo del asunto. Es decir, en tal caso, una hipotética sustracción internacional en un tercer Estado provocará la pérdida de competencia judicial internacional del Estado miembro de origen.

**35.** Por todo ello, resulta esencial continuar promoviendo la ratificación de los instrumentos internacionales que permiten proteger a los menores en caso de sustracción internacional, dada la complejidad que revisten los traslados o retenciones en terceros Estados.

<sup>60</sup> Los arts. 11 y 12 del Convenio permiten adoptar, respectivamente, medidas de protección en casos de urgencia o medidas provisionales, a las autoridades del Estado contratante en el que se encuentren el menor o sus bienes (sobre estos preceptos, vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 724-725). Ambos preceptos establecen en su apartado tercero que las medidas dejarán de surtir efecto desde que en el Estado contratante se reconozcan las medidas del Estado no contratante de residencia habitual del menor. Dadas las características de ambos preceptos, tampoco por esta vía se lograría que los tribunales británicos pudieran pronunciarse sobre el fondo del asunto.

<sup>61</sup> Al respecto, el Abogado General apunta que el órgano jurisdiccional remitente señala que las normas nacionales no contemplan foros adicionales (CAG Sr. A. RANTOS, 23 febrero 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:126, apartado 86).

# BIBLIOGRAFÍA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2019)

## PRIVATE INTERNATIONAL LAW BIBLIOGRAPHY (2019)

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6282>

### Obras generales

- M. BOGDAN/M. PERTEGÁS SENDER, *Concise introduction to EU private international law*, 4<sup>a</sup> ed., Amsterdam, Europa Law Publishing, 2019.
- A. BRIGGS, *The conflict of laws*, 4<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- E. BRÖDERMANN/J. ROSENGARTEN, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht: Anleitung zur systematischen Fallbearbeitung (einschließlich schiedsrechtlicher Fälle)*, 8<sup>a</sup> ed., München, Verlag Franz Vahlen, 2019.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho internacional privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019.
- F. CASSANDRO, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale: aggiornato con tutte le ultime novità normative e giurisprudenziali*, 3<sup>a</sup> ed., Piacenza, La Tribuna, 2019.
- G. CHRISTANDL, *Handbuch Italienisches Internationales Privatrecht*, Wien, LexisNexis, München, C.H. Beck, 2019.
- J. CLAVEL-THORAVAL, *Les indispensables du droit international privé*, Paris, Ellipses, 2019.
- A. FURRER/D. GIRSBERGER/M. MÜLLER-CHEN/D. SCHRAMM, *Internationales Privatrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2019.
- V.C. GOVINDARAJ, *The conflict of laws in India: inter-territorial and inter-personal conflict*, 2<sup>a</sup> ed., New Delhi, Oxford University Press, 2019.
- P. HAY, *Conflict of laws*, 8<sup>a</sup> ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2019.
- B. VON HOFFMANN/K. THORN, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 10<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2019.
- R. HÜSSTEGE/H.-P. MANSSEL (HRSG.), *Rom-Verordnungen: Rom I (Vertragliche Schuldverhältnisse), Rom II (Außervertragliche Schuldverhältnisse), Rom III (Ehescheidung, Trennung), EuGüVO/EuPartVO (Eheliches Güterrecht/lebenspartnerschaftliches Güterrecht), HUP (Haager Unterhaltsprotokoll), EuErbVO (Erbrecht)*, 3<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2019.
- R. JAFFERALI/N. WATTÉ, *Règles générales du droit international privé belge et européen*, Bruxelles, Larcier, 2019.
- A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 3<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2019.

- A. JUNKER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2019.
- K. KREBS, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2019.
- J. KREN KOSTKIEWICZ ET AL., *IPRG/LugÜ: Kommentar: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse*, 2ª ed., Zürich, Orell Füssli Verlag, 2019.
- L. LEVITA/A. BIFULCO/C. IORIO/A.V. SARNATARO, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, Roma, Dike giuridica editrice, 2019.
- P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. 2 (*Besonderer Teil*), 2ª ed., München, C.H.Beck, 2019.
- H.-P. MANSEL, *Internationales Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- P. MAYER/V. HEUZÉ/B. REMY, *Droit international privé*, 12ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.
- V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de direito internacional privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2019.
- R. MORTENSEN/R. GARNETT/M. KEYES, *Private international law in Australia*, 4ª ed., Chatswood, NSW, LexisNexis Butterworths Australia, 2019.
- A. PASQUARIELLO, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, 8ª ed., Molfetta, Neldiritto editore, 2019.
- B.W. RECHSTEINER, *Direito internacional privado: teoria e prática*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019.
- S.C. SYMEONIDES/W.C. PERDUE, *Conflict of laws: American, comparative, international: cases and materials*, 4ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2019.
- N. WATTÉ/R. JAFFERALI, *Règles générales du droit international privé belge et européen*, Bruxelles, Larcier Legal, 2019.

### El Derecho internacional privado

- E. AVATO/M.M. WINKLER, “Reinforcing the public law taboo: a note on Hellenic Republic v Nikiforidis”, *European Current Law Yearbook*, 2019, pp. 15-27.
- 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”, *RDIPP*, LV, 3, 2019, pp. 513-534.
- G. CAVALIER, “Règle fiscale française, droit international privé (communautaire) et droit (non fiscal) étranger: quelle méthode d’articulation?”, *Revue internationale des services financiers*, n° 1, 2019, pp. 82-91.
- A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Innovación docente y Derecho internacional privado*, Granada, Editorial Comares, 2019.
- A. DAVÌ, “Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all’estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *RDI*, CII, 2, 2019, pp. 319-419.
- C. DEVAUX, *La fabrique du droit du commerce international: réguler les risques de capture*, Bruxelles, Bruylant, 2019.
- C. KOHLER, “Gelebte Rechtsvergleichung am EuGH: europäisches Kollisionsrecht in Theorie und Praxis”, *ZEuP*, 27, 2, 2019, pp. 337-357.
- J. MEEUSEN, “Comparing interstate and European conflict of laws: from a constitutional perspective can the United States inspire the European Union?”, *AJCL*, 67, 3, 2019, pp. 637-676.
- G. SCHULZE, “Individuelle und überindividuelle Interessen im IPR”, en *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 183-206.
- S.C. SYMEONIDES, *The “private” in private international law*, The Hague, Eleven International Publishing, 2019.

### El Derecho internacional privado: Fuentes

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law, third. Conflict of laws: Preliminary draft n° 5 (October 23, 2019)*, St. Paul, MN, American Law Institute, 2019.

- S. ARNOLD/S. ZWIRLEIN-FORSCHNER, “Die Entwicklung der Rechtsprechung zum europäischen internationalen Privatrecht”, *GPR*, 16, 6, 2019, pp. 262-277.
- L. D’AVOUT/S. HUBER, “Droit international privé de l’Union européenne (2018)”, *JDI Clunet*, 146, 4, 2019, pp. 1413-1509.
- R.J. BADER, *Koordinationsmethoden im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- 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”, *RDIPP*, LV, 3, 2019, pp. 513-534.
- M. BHATTI, *Islamic law and international commercial arbitration: The application of shari’a in contemporary international commercial arbitration*, London, New York, Routledge, 2019.
- C. BRIÈRE, “Chronique de droit international privé 2019: suite et fin”, *Petites affiches*, 408, n° 238, 2019, pp. 24-31.
- A. BRIGGS, “Brexit and private international law: an English perspective”, *RDIPP*, LV, 2, 2019, pp. 261-283.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, 2 vols., Murcia, Rapid Centro Color, 2019.
- A. DI STASI, *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.
- V. ÉGÉA/E. GUINCHARD/G. PAYAN, “Espace judiciaire européen en matière civile”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2019, pp. 759-769.
- D. EHLERS, “Grundrechtsbindung und Grundrechtsschutz von Unternehmen im deutschen und europäischen Recht”, *DVBl.*, 134, 7, 2019, pp. 397-406.
- M. GERNERT, “Harter Brexit und IPR: vorbereitende Papiere für einen unregelmäßigen Austritt des Vereinigten Königreichs”, *IPRax*, 39, 4, 2019, pp. 365-369.
- M. HABERSACK/M. EHRL, “Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer: de lege lata und de lege ferenda”, *AcP*, 219, 2, 2019, pp. 155-210.
- W.J. HAU, “Europeanisation of civile procedure: overcoming follow-up fragmentation through bottom-up harmonisation?”, en *Civil procedure and harmonisation of law*, 2019, pp. 61-75.
- M. HEIDEMANN, *Transnational Commercial Law*, London, Macmillan International Higher Education, Red Globe Press, 2019.
- J. VON HEIN/E.-M. KIENINGER/G. RÜHL (EDS.), *How European is European private international law?: Sources, court practice, academic discourse*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- I.S. JARASS, *Privates Einheitsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- W.J. KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats: consécration mondiale, risques d’exacerbation et nécessité de préserver l’autorité de la loi dans les contrats internationaux*, Beyrouth, Point Delta, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.
- C. KOHLER, “Gelebte Rechtsvergleichung am EuGH: europäisches Kollisionsrecht in Theorie und Praxis”, *ZEuP*, 27, 2, 2019, pp. 337-357.
- X.E. KRAMER, “A common discourse in European private international law?: a view from the Court system”, en *How European is European private international law?*, 2019, pp. 215-234.
- H.-P. MANSSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!”, *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 85-119.
- J. MEEUSEN, “Comparing interstate and European conflict of laws: from a constitutional perspective can the United States inspire the European Union?”, *AJCL*, 67, 3, 2019, pp. 637-676.
- A. NYLUND/M. STRANDBERG, *Civil procedure and harmonisation of law: the dynamics of EU and international treaties*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- J.J. PÉREZ MILLA, *El espacio del Derecho interregional tras los reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2019.
- H. SAUER, “Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte: eine Rekonstruktion der Autonomie des Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH”, *JZ*, 74, 19, 2019, pp. 925-935.

- A. STAUDINGER, “10 Jahre Rom II-VO und Haager Straßenverkehrsübereinkommen: Zeit für eine Bestandsanalyse im Lichte des Brexit und der angedachten EU-Erweiterung”, *Deutsches Autorentrecht*, 89, 12, 2019, pp. 669-675.
- B. SUJECKI, “Entwicklung des europäischen Privat- und Zivilverfahrensrechts in den Jahren 2017 und 2018”, *EWS*, 30, 6, 2019, pp. 315-322.
- E. TRETTHAHN-WOLSKI/A. FÖRSTEL, “Der Brexit von Rom und Brüssel: zu den Auswirkungen des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU auf das internationale Zivil- und Zivilprozessrecht”, *ÖJZ*, 74, 11, 2019, pp. 485-490.
- C.E. TUO, “The consequences of Brexit for recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters: some remarks”, *RDIPP*, LV, 2, 2019, pp. 302-308.
- C. VOSS, *Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen “effet utile”?: die Reichweite der “Klausner Holz”-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und ihre Auswirkungen auf das deutsche Zivilprozessrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- R. WAGNER, “Zwanzig Jahre justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen”, *IPRax*, 39, 3, 2019, pp. 185-200.
- C. WARIN, “Individual rights and collective interests in EU law: three approaches to a still volatile relationship”, *CMLR*, 56, 2, 2019, pp. 463-487.
- C. WENDELSTEIN, “‘Menschenrechtliche’ Verhaltenspflichten im System des internationalen Privatrechts”, *RabelsZ*, 83, 1, 2019, pp. 111-153.
- F.M. WILKE, *A conceptual analysis of European private international law: the general issues in the EU and its member states*, Cambridge, Intersentia, 2019.

### Competencia judicial internacional

- S. ARNOLD/T. GARBER, “Ein vermeintlicher Pyrrhussieg für Griechenland: die Grenzen staatlicher Souveränität im internationalen Zivilverfahrensrecht (zu EuGH, 15.11.2018, C-308/17, Hellenische Republik vs. Kuhn, unten S. 417, Nr. 37, und öOGH, 22.1.2019, 10 Ob 103/18x, unten S. 419, Nr. 38)”, *IPRax*, 39, 5, 2019, pp. 385-391.
- A. ARZANDEH, *Forum (non) conveniens in England: past, present, and future*, Oxford, Hart, 2019.
- S. CLAVEL, “Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé”, *JDI Clunet*, 146, 3, 2019, pp. 695-716.
- C. KLEINER, “Compétence judiciaire: CJUE, 1re ch., 15 nov. 2018, aff. C-308/17, Hellenische Republik c/ Leo Kuhn”, *JDI Clunet*, 146, 3, 2019, pp. 854-867.
- M. LA MANNA, “The ECJ Grand Chamber’s judgment in the Naït-Liman case: an unnecessary clarification of the reach of forum necessitatis jurisdiction?”, *RDIPP*, LV, 2, 2019, pp. 349-382.
- P. MANKOWSKI, “Griechische Staatsanleihen und der griechische Schuldenschnitt vor dem EuGH: zugleich Besprechung EuGH v. 15.11.2018, Rs. C-308/17, ZIP 2018, 2290, Kuhn, (Folge Zwei)”, *ZIP*, 40, 5, 2019, pp. 193-202.

### Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto

- R.J. BADER, *Koordinationsmethoden im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- S. BIEHL, *Eingriffsnormen und Schiedsvereinbarungen: eine Untersuchung der Auswirkungen von Eingriffsnormen auf die Anerkennung einer internationalen Schiedsvereinbarung in der Einredesituation*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- A. DAVI, “Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all’estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *RDI*, CII, 2, 2019, pp. 319-419.
- M. FRANÇOISE, “L’exception et la règle de conflit européen: l’exception d’ordre public et la loi de police: deux exceptions régulées au service de la norme européenne”, en *L’exception en droit de l’Union européenne*, 2019, pp. 301-312.
- C. HARMS, *Neuaufgabe der Datumtheorie im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

- A. HEMLER, *Die Methodik der "Eingriffsnorm" im modernen Kollisionsrecht: zugleich ein Beitrag zum internationalen öffentlichen Recht und zur Natur des ordre public*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- M. HO-DAC, "L'arrêt da Silva Martins de la Cour de justice de l'Union européenne, expression des 'rapports de méthodes' dans l'ordre juridique européen", *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2019, pp. 869-882.
- P. MANKOWSKI, "Politik und missliebige drittstaatliche Eingriffsnormen: der Fall Kuwait Airways: zugleich Besprechung zu OLG Frankfurt, RIW 2019, 231", *RIW*, 65, 4, 2019, pp. 180-184.
- H.-P. MANSEL, "Methoden des internationalen Privatrechts: Personalstatut, Verweisung und Anerkennung", en *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 27-46.
- H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter- altérité): cours général de droit international privé*, Leiden, Brill Nijhoff, 2019.
- S. SCHWAMBERGER/L. KLEVER, "Sammelklage europäischer Prägung?", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 33, 1, 2019, pp. 12-20.
- T. SZABADOS, *Economic sanctions in EU private international law*, Oxford, Hart, 2019.
- M. THON, "Forumfremde Eingriffsnormen und Außenpolitik im IPR: die Israel-Boykottgesetzgebung arabischer Staaten und ihre Berücksichtigung vor deutschen Gerichten (zu OLG Frankfurt a.M., 25.9.2018, 16 U 209/17, unten S. 321, Nr. 30)", *IPRax*, 39, 4, 2019, pp. 301-306.

## Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero

- M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht: Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- C. BENICKE, "Anpassungsproblematik beim Zusammentreffen deutschen Erbrechts mit englischem Eltern-Kind-Statut (zu OLG München, 10.2.2017, 34 Wx 175/16, unten S. 162, Nr. 16)", *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 132-140.
- B. CENTNER, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren: eine historisch-rechtsvergleichende Studie zu den Grundlagen der Rechtsermittlung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- H. DITTMERS, *Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- S. FRAGOSO, *Ordem pública no Mercosul e na União Europeia: critérios de aplicação*, Curitiba, Juruá Editora, 2019.
- M. FRANÇOISE, "L'exception et la règle de conflit européen: l'exception d'ordre public et la loi de police: deux exceptions régulées au service de la norme européenne", en *L'exception en droit de l'Union européenne*, 2019, pp. 301-312.
- O. MEYER, "Parteiautonomie bei Mehrrechtsstaaten", *RabelsZ*, 83, 4, 2019, pp. 721-759.
- L. RADEMACHER, "Favor laesi und renvoi: Verweisungsart bei Distanzdelikten (zu OLG Hamm, 3.5.2017, 3 U 30/17, unten S. 165, Nr. 17)", *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 140-147.

## Eficacia extraterritorial de decisiones

- G. CUNIBERTI, *Le fondement de l'effet des jugements étrangers*, Leiden, Brill/Nijhoff, Académie de droit international de la Haye, 2019.
- B. HESS/P. ORTOLANI (EDS.), *Impediments of national procedural law to the free movement of judgments*, München, C.H. Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019.

## Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional

- N.M. ALEXANDER/S. CHONG, *The Singapore Convention on Mediation: a commentary*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.

- I. BENÖHR, “Collective redress in the financial sector and the New EU Deal for Consumers”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1345-1366.
- A.B. BIARD/X.E. KRAMER, “The EU Directive on Representative Actions for Consumers: a milestone or another missed opportunity”, *ZEuP*, 27, 2, 2019, pp. 249-259.
- R. CAPONI, “Ultime dall’Europa sull’azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselpgate)”, *Foro it.*, CXLIV, 9, 2019, parte V, col. 332-338.
- J. CHABRNY, *Grenzüberschreitende Sammelklagen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2019.
- T. DOMEJ, “Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie: Sisyphos vor dem Gipfelsieg?”, *ZEuP*, 27, 3, 2019, pp. 446-471.
- M. DREHSEN, “Zustellung gerichtlicher Schriftstücke im Rahmen der EuMahnVO”, *IPRax*, 39, 5, 2019, pp. 378-385.
- 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*, 24, 1, 2019, pp. 14-41.
- W. HAKENBERG/E.-M. KOWOLLIK, “New Deal for Consumers: europäische Kollektivklage und andere Wege moderner Durchsetzung von Verbraucherrechten”, *EWS*, 30, 2, 2019, pp. 61-69.
- R. JANSEN, “Explaining the methods for taking evidence abroad within the EU and some first observations on the proposal for the evidence regulation (recast)”, *NIPR*, 37, 4, 2019, pp. 753-770.
- F.J. JIMÉNEZ FORTEA (COORD.), *La cooperación jurídica internacional civil y mercantil española más allá de la UE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- F. KLEIN, *Die Verwertbarkeit gem. 28 USC § 1782(a) erlangter Beweismittel im deutschen Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- T.B. LÜHMANN, “Der Vorschlag einer europäischen Verbandsklage: ein weiteres Instrument des kollektiven Rechtsschutzes”, *NJW*, 72, 9, 2019, pp. 570-575.
- T.B. LÜHMANN, “Risiken und Nebenwirkungen des IPR bei der kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen: zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Kartellschadensersatzansprüchen wegen Verletzung von europäischem und drittstaatlichem Kartellrecht”, *RIW*, 65, 1-2, 2019, pp. 7-20.
- A. MAFFEO, *Diritto dell’Unione Europea e processo civile nazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.
- C. PERARO, “Legittimazione ad agire di un’associazione a tutela dei consumatori e diritto alla protezione dei dati personali a margine della sentenza Fashion ID”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 982-999.
- C. SCOTT, “Consumer law, enforcement and the New Deal for Consumers”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1279-1296.
- L. SERAFINELLI, “Ancora sulla tutela del consumatore, anche in forma collettiva”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXXV, 3, 2019, parte II, pp. 612-620.
- V. SMITH, “Redress through collective actions in Europe: ELI/Unidroit and European Commission proposals”, *Uniform Law Review*, 24, 1, 2019, pp. 1-13.
- C. WARIN, “Individual rights and collective interests in EU law: three approaches to a still volatile relationship”, *CMLR*, 56, 2, 2019, pp. 463-487.
- M. ZINNER/M. REIFFENSTEIN, *Hindernisse bei der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung: wie kann europäisches Recht gegensteuern?*, Wien, Verlag Österreich, 2019.

## Derecho de los negocios internacionales

- 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”, *RDIPP*, LV, 3, 2019, pp. 513-534.
- V. DE BEAUFORT, *Droit européen des affaires et politiques européennes*, Bruxelles, Larcier, 2019.
- J. CHUAH, *Law of international trade: cross-border commercial transactions*, 6ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2019.
- C. DEVAUX, *La fabrique du droit du commerce international: réguler les risques de capture*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

- D. EHLERS, “Grundrechtsbindung und Grundrechtsschutz von Unternehmen im deutschen und europäischen Recht”, *DVBl.*, 134, 7, 2019, pp. 397-406.
- M. HEIDEMANN, *Transnational commercial law*, London, Macmillan International Higher Education, Red Globe Press, 2019.
- J. HORST, *Transnationale Rechtserzeugung: Elemente einer normativen Theorie der Lex Financiaría*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- P. MANKOWSKI (ED.), *Commercial Law: article-by-article commentary*, Baden-Baden, Nomos, München, Beck, Oxford, Chicago, Hart, 2019.
- V. RÉVEILLÈRE, “La conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux”, en *Les libertés européennes de circulation au-delà de l'économie*, Paris, Mare & Martin, 2019, pp. 197-210.

### Competencia judicial internacional y negocios internacionales

- A.B. BIARD, “Justice en ligne, ou, Nouveau far www.est?: la difficile régulation des plateformes en ligne de règlement extrajudiciaire des litiges”, *Revue internationale de droit économique*, 2, 2019, pp. 165-191
- M. BRINKMANN, “Zum Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage im europäischen Zivilprozessrecht (zu EuGH, 21.6.2018, Rs. C-1/17, Petronas Lubricants Italy SpA vs. Livio Guida)”, *IPRax*, 39, 6, 2019, pp. 501-506.
- M. CAPOZZOLO, *Introduzione alla libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: il regolamento (UE) n. 1215/2012 e gli altri regolamenti “dettoriali”*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.
- K.S. DANELZIK, *Die Gerichtsstandvereinbarung zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- U. GRUŠIĆ, “Unjust enrichment and the Brussels I Regulation”, *ICLQ*, 68, 4, 2019, pp. 837-868.
- S. GUZZI, “Il regolamento sull’ordinanza europea di sequestro dei conti correnti bancari: tra mercato interno e prerogative della difesa”, *Il diritto dell’Unione europea*, n° 4, 2019, pp. 661-687.
- B. HAFTTEL, “Reirement et extension du champ de la ‘matière contractuelle’ dans les relations à trois personnes: CJUE, 7 mars 2018, no. C-274/16, C-447/16 et C-448/16, Flightright, CJUE, 4 oct. 2018, no. C-337/17, Feniks”, *Revue des contrats*, 1, 2019, pp. 85-89.
- W.J. HAU, “Rechtshängigkeitssperre durch obligatorische ADR-Verfahren im europäischen Zivilprozessrecht: Entscheidung des EuGH vom 20.12.2017: mit Anmerkung”, *ZEuP*, 27, 2, 2019, pp. 384-394.
- C. KLEINER, “Compétence judiciaire: CJUE, 1re ch., 15 nov. 2018, aff. C-308/17, Hellenische Republik c/ Leo Kuhn”, *JDI Clunet*, 146, 3, 2019, pp. 854-867.
- C. KOHLER, “Zur Rechtshängigkeit eines von der Zivilpartei vor dem Untersuchungsrichter geltend gemachten Ersatzanspruchs (zu EuGH, 22.10.2015, Rs. C-523/14, Aannemingsbedrijf Aertssen NV u.a. vs. VSB Machineverhuur BV u.a., unten S. 147, Nr. 10)”, *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 120-123.
- S. LEE/M. PHUA, “Why Allianz v West Tankers still applies under the Brussels Regulation (Recast): an analysis of Nori Holdings v Bank Otkritie (2018) EWHC 1343 (Comm)”, *Journal of International Dispute Settlement*, 10, 4, 2019, pp. 520-541.
- V. LEGRAND, “Vers l’instrumentalisation des règles de litispendance européenne? (à propos de la décision de la CJUE, 16 janv. 2019, no. C-386/17, Liberato)”, *Petites affiches*, 408, 53, 2019, pp. 7-11.
- C. LENZ, *Die Auswirkungen des référé-expertise auf deutsche Zivilgerichtsverfahren - die Brüssel-la-VO auf dem Prüfstand*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- Q.C. LOBACH, “Internationale Zuständigkeit der Gerichte am Erfüllungsort des Beförderungsvertrags für Ausgleichsansprüche des Fluggasts aus der Fluggastrechte-VO gegen einen vertragsfremden Teilstreckenbeförderer (zu EuGH, 7.3.2018, C-274/16, C-447/16 und C-448/16, flightright GmbH vs. Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA u.a., unten S. 421, Nr. 39)”, *IPRax*, 39, 5, 2019, pp. 391-397.
- M. LÓPEZ DE GONZALO, “Quali (e quanti) fori per le controversie in materia di trasporto?”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.1, 2019, p. 161-170.

- M. LÓPEZ DE GONZALO, “Spazio giudiziario europeo e forum non conveniens: una difficile convivenza”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.4, 2019, pp. 841-850.
- F. MAILHÉ, “Un jeu d’asymétries: clauses d’éléción de for optionnelles et asymétriques dans la jurisprudence française”, *RIDC*, 71, 2, 2019, pp. 431-446.
- P. MANKOWSKI, “Griechische Staatsanleihen und der griechische Schuldenschnitt vor dem EuGH: zugleich Besprechung EuGH v. 15.11.2018, Rs. C-308/17, ZIP 2018, 2290, Kuhn, (Folge Zwei)”, *ZIP*, 40, 5, 2019, pp. 193-202.
- M. MANTOVANI, “Notaries and their debt-collection writs under the Brussels Ia Regulation: a difficult characterisation”, *Journal of Private International Law*, 15, 2, 2019, pp. 393-417.
- P. MARCISZ/A. ORZEL-JAKUBOWSKA, “The right to be unheard: recognition and enforcement of anti-suit injunctions issued by arbitrations in the EU”, *Journal of International Dispute Settlement*, 10, 1, 2019, pp. 1-22.
- A.R. MARKUS, “Rechtshängigkeit und Schlichtungsverfahren nach EuGH, C-467/16, Schlömp”, *GPR*, 16, 2, 2019, pp. 60-66.
- J. OSTER, “Ist Art. 5 Abs. 1, 1a EuGFVO grundrechtskonform?”, *Zeitschrift für Zivilprozess international*, 23, 2018 (2019), pp. 137-158.
- L. PENASA, “Litispendenza e connessione extraeuropee nel Regolamento Bruxelles I-bis”, *Rivista di diritto processuale*, LXXIV, 3, 2019, pp. 717-748.
- S. PHURTAG, *Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und englischen Rechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 2019.
- A. PIEKENBROCK/D. RODI, “Der Klägergerichtsstand des Unternehmers am Erfüllungsort bei Geldschulden: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 3.4.2019, C-266/18, Aqua Med sp. z o.o.”, *GPR*, 16, 5, 2019, pp. 233-240.
- F. RIES, “Die Auslegung des Luganer Parallelübereinkommens nach der EuGVVO-Novelle: eine Untersuchung am Beispiel der Regelungen zu Gerichtsstandsvereinbarungen”, *RIW*, 65, 1-2, 2019, pp. 32-36.
- N. RITZ, *Vorläufige Kontenpfändung in Europa*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- D. SCHNICHEL/K. LENZING/A. STEIN, “Die Entwicklung des europäischen Zivilprozessrechts im Bereich der EuGVVO im Jahr 2018”, *EuZW*, 30, 21, 2019, pp. 885-894.
- P. SIAPLAOURAS, “Gerichtsstandsvereinbarungen und Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.6.2017, C-436/16, Leventis und Vafeias, ECLI:EU:C:2017:497”, *GPR*, 16, 1, 2019, pp. 13-19.
- M. STÜRNER/F. PFÖRTNER, “Residual jurisdiction: back to the future?”, *GPR*, 16, 5, 2019, pp. 222-228.
- B. SUJECKI, “Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur EuGVVO im Jahr 2018”, *EWS*, 30, 4, 2019, pp. 196-206.
- L. TICHÝ (ED.), *Standard of proof in Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- F. VISMARA, “La materia fiscale e doganale come limite materiale all’applicazione del Regolamento Bruxelles I-bis”, *RDIPP*, LV, 1, 2019, pp. 114-126.
- G. VITELLINO, “Litispendenza e accordi confliggenti di scelta del foro nel caso BNP Paribas c. Trattamento rifiuti metropolitani”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 999-1016.

### Sociedades de capital y otras personas jurídicas

- A. BRIGUGLIO, “Questioni di diritto internazionale privato in materia di responsabilità diretta dell’amministratore nei confronti del socio”, *Rivista di diritto societario*, n° 1, 2019, parte III, pp. 223-248.
- M. FALLON, “L’attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé”, *Revue de droit commercial belge*, 125, 1, 2019, pp. 7-51.
- C. GERNER-BEUERLE/F.M. MUCCIARELLI/E. SCHUSTER/M. SIEMS (EDS.), *The private international law of companies in Europe*, München, Beck, Oxford, Chicago, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- J.C. GRÖNING, *Gesellschafter- und Geschäftsleiterhaftung im internationalen Zivilverfahrensrecht: zur internationalen Zuständigkeit nach Brüssel Ia-VO und EuInsVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

- S. JUNG/P. KREBS/S. STIEGLER (HRSG.), *Gesellschaftsrecht in Europa: Handbuch*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- A. MANN, *Britischer EU-Austritt und Scheinauslandsgesellschaften: Auswirkungen und Gestaltungsmöglichkeiten*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- S. REUTER, “Grenzüberschreitende Gesellschaftervereinbarungen”, *RIW*, 65, 1-2, 2019, pp. 21-32.
- S. SAKKA, *Der Konzern im Kompetenzrecht der EuGVVO: Unternehmensgruppe und internationale Zuständigkeit*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- O. SCHOTEL, “International jurisdiction in cross-border corporate litigation”, *NIPR*, 37, 2, 2019, pp. 350-372.
- P. SIAPLAOURAS, “Gerichtsstandsvereinbarungen und Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.6.2017, C-436/16, Leventis und Vafeias, ECLI:EU:C:2017:497”, *GPR*, 16, 1, 2019, pp. 13-19.
- G. VITELLINO, “Note a margine di una pronuncia del tribunale di Torino in materia societaria”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 1016-1028.

### Contratos internacionales (I)

- S. AMPATZI, *Das AGB-Recht in der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr: eine Untersuchung im deutschen und griechischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- M. BHATTI, *Islamic law and international commercial arbitration: The application of shari‘a in contemporary international commercial arbitration*, London, New York, Routledge, 2019.
- S. BIEHL, *Eingriffsnormen und Schiedsvereinbarungen: eine Untersuchung der Auswirkungen von Eingriffsnormen auf die Anerkennung einer internationalen Schiedsvereinbarung in der Einredesituation*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- J. BÖHLE, “Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen”, *ZEuP*, 27, 1, 2019, pp. 72-98.
- R. CAVALIERI/V. SALVATORE, *An introduction to international contract law*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli editore, 2019.
- J.M. ESPINAR VICENTE/J.I. PAREDES PÉREZ, *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019.
- P. FABIG, “Der Vertragshändlerausgleich in internationalen Verträgen”, *IHR*, 19, 1, 2019, pp. 1-11.
- S. FEILER, *Kollisionsrecht der Vertragsübernahme*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- S. GÖSSLING, *Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit: die Bedeutung der Rom I-Verordnung bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts durch internationale Handelsschiedsgerichte mit Sitz in der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- C. HARMS, *Neuaufgabe der Datumtheorie im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- A.N. KARADAYI YALIM, *Interpretation and gap filling in international commercial contracts*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2019.
- W.J. KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats: consécration mondiale, risques d'exacerbation et nécessité de préserver l'autorité de la loi dans les contrats internationaux*, Beyrouth, Point Delta, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.
- P. MANKOWSKI, “Politik und missliebige drittstaatliche Eingriffsnormen: der Fall Kuwait Airways: zugleich Besprechung zu OLG Frankfurt, RIW 2019, 231”, *RIW*, 65, 4, 2019, pp. 180-184.
- G. PASSARELLI, *Contract law in contemporary international commerce: considerations on the complex relationship between legal process and market process in the new era of globalisation*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- R. PEREIRA DIAS, “Auslandsbezug des Sachverhalts nach Art. 3 Abs. 3 EVÜ/Rom I-VO und rebus sic stantibus-Klausel des portugiesischen Zivilrechts als nicht parteidisponible Bestimmung: Entscheidung des englischen Court of Appeal vom 13. Dezember 2016: mit Anmerkung”, *ZEuP*, 27, 3, 2019, pp. 603-619.

- E.A. ROSSI, *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019.
- G. SCHEFFER DA SILVEIRA, *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Bruxelles, Bruylant, 2019.
- T. SZABADOS, *Economic sanctions in EU private international law*, Oxford, Hart, 2019.
- M. THON, “Forumfremde Eingriffsnormen und Außenpolitik im IPR: die Israel-Boykottgesetzgebung arabischer Staaten und ihre Berücksichtigung vor deutschen Gerichten (zu OLG Frankfurt a.M., 25.9.2018, 16 U 209/17, unten S. 321, Nr. 30)”, *IPRax*, 39, 4, 2019, pp. 301-306.
- P. WAUTELET/A. ERNOUX, “Le droit international privé et les relations contractuelles qui se nouent par le biais des plateformes”, en *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, 2019, pp. 34-84.

## Contratos internacionales (II). Contratos en particular

- M.-É. ANCEL, “La loi applicable à l’opposabilité aux tiers des cessions de créances: propos introductifs”, *DA: revue internationale du droit des affaires*, 1, n° 129, 2019, pp. 14-18.
- L. DE BAERE/F. BLEES, *Insurance aspects of cross-border road traffic accidents*, The Hague, the Netherlands, Eleven International Publishing, 2019.
- C. BAMFORD, *Principles of international financial law*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- D. BRAUNER, *Die Anwendungsbereiche von CISG und PR CESL im Vergleich*, Berlin, Lang, 2019.
- G. CAVALIER, “Règle fiscale française, droit international privé (communautaire) et droit (non fiscal) étranger: quelle méthode d’articulation?”, *Revue internationale des services financiers*, n° 1, 2019, pp. 82-91.
- D. EINSELE, “Die Drittwirkung von Forderungsübertragungen im Kollisionsrecht: ein kritischer Zwischenruf zum Verordnungsvorschlag der Kommission”, *IPRax*, 39, 6, 2019, pp. 477-483.
- S. FEILER, *Kollisionsrecht der Vertragsübernahme*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- M. FRAS, “The group insurance contract in private international law”, *NILR*, 66, 3, 2019, pp. 507-535.
- D. GESMANN-NUSSL, *Internationales Franchise-Recht*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2019.
- F. HEINDLER, “The law applicable to third-party effects of transactions in intermediated securities”, *Uniform Law Review*, 24, 4, 2019, pp. 685-723.
- C.A. HEINZE/C.J. WARMUTH, “The law applicable to third-party effects of assignment and the conflict rules for insolvency according to EU law”, *Uniform Law Review*, 24, 4, 2019, pp. 664-684.
- L. HÜBNER, “Die Drittwirkungen der Abtretung im IPR: ein weiterer Schritt zur Fortentwicklung des europäischen Kollisionsrechts”, *ZEuP*, 27, 1, 2019, pp. 41-71.
- E.-M. KIENINGER, “European rules on the law applicable to third-party effects of assignments: a never-ending story?”, *Uniform Law Review*, 24, 4, 2019, pp. 633-648.
- E.-M. KIENINGER, “Das auf die Drittwirkungen der Abtretung anwendbare Recht: der EuGH spielt den Ball zurück nach Deutschland”, *NJW*, 72, 46, 2019, pp. 3353-3356.
- M. LAAZOUZI, “L’éviction du for de l’action directe de la victime au profit de l’arbitrage international prévu par le contrat d’assurance?”, *Revue des contrats*, 4, 2019, pp. 69-73.
- G. MINNE, “Le gage et le transfert de propriété à titre de garantie dans la proposition de règlement européen sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances”, *DA: Revue internationale du droit des affaires*, 1, n° 129, 2019, pp. 35-47.
- D.-M. PHILIPPE, “La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances: aspects liés à la cession de créance elle-même”, *DA: Revue internationale du droit des affaires*, 1, n° 129, 2019, pp. 19-26.
- J.-P. SPANG, “La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances: aspects liés à la titrisation”, *DA: Revue internationale du droit des affaires*, 1, n° 129, 2019, pp. 27-34.
- S. WALTER, “Die Abdingbarkeit zwingenden Handelsvertreterrechts und die Handelsvertreter-Richtlinie: das Agro-Missverständnis”, *RIW*, 65, 9, 2019, pp. 570-576.

- C. WENDLAND, “Abtretungen und Verbraucherschutz unter der Rom I-Verordnung: zessionsbedingte Neuanknüpfung von Verbrauchervertragsanforderungen?”, *ZVglRWiss*, 118, 4, 2019, pp. 422-448.
- P.R. WOOD, *Conflict of laws and international finance*, 2ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2019.

### Contratos internacionales de consumo

- I. BENÖHR, “Collective redress in the financial sector and the New EU Deal for Consumers”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1345-1366.
- A.B. BIARD, “Towards high-quality consumer ADR: the Belgian experience”, en *Privatizing dispute resolution: trends and limits*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 79-103.
- A.B. BIARD/X.E. KRAMER, “The EU Directive on Representative Actions for Consumers: a milestone or another missed opportunity”, *ZEuP*, 27, 2, 2019, pp. 249-259.
- F. BRAUN, “Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz im Konzert der Verbraucherrechtsdurchsetzung”, *Verbraucher und Recht*, 34, 4, 2019, pp. 130-135.
- G.-P. CALLIESS, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- J. CHABRNY, *Grenzüberschreitende Sammelklagen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2019.
- J.M.L. DUIN/C. VAN LEONE, “The real (new) deal: levelling the odds for consumer-litigants: on the need for modernization. Part II”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1227-1249.
- W. HAKENBERG/E.-M. KOWOLLIK, “New Deal for Consumers: europäische Kollektivklage und andere Wege moderner Durchsetzung von Verbraucherrechten”, *EWS*, 30, 2, 2019, pp. 61-69.
- J. HASLACH, “International jurisdiction in consumer contract cases under the Brussels I Regulation: Schrems: case C-498/16, Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited, judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018, EU:C:2018:37”, *CMLR*, 56, 2, 2019, pp. 559-579.
- B. HESS/S. LAW (Eds.), *Implementing EU consumer rights by national procedural law*, München, C.H. Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- F. HIDDING, *Zugang zum Recht für Verbraucher: ein Vergleich der alternativen Streitbeilegung in Verbrauchersachen mit der gerichtlichen Streitbeilegung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.
- M. HO-DAC, “Précisions sur l’office du juge (d’origine) en matière d’exécution internationale des décisions dans les litiges européens de consommation: CJUE, 4 septembre 2019, Salvoni, C-347/18, ECLI:EU:C:2019:661”, *Revue des affaires européennes*, 24, 3, 2019, pp. 653-662.
- A. KAMPHORST, “The right to a fair trial in online consumer dispute resolution”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 8, 5, 2019, pp. 175-183.
- M.B.M. LOOS, “Towards civil justice in the EU: the European Commission’s New Deal for Consumers: an introduction to this issue”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1219-1225.
- C. MELLER-HANNICH, “Sammelklagen am europäischen Verbrauchergerichtsstand?: Urteil des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 25. Januar 2018: mit Anmerkung”, *ZEuP*, 27, 1, 2019, pp. 205-212.
- E.A. ONȚANU, “Court and out-of-court procedures: in search of a comprehensive framework for consumers’ access to justice in cross-border litigation”, en *Privatizing dispute resolution: trends and limits*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 49-78.
- C. PAVILLON, “Private enforcement as a deterrence tool: a blind spot in the Omnibus-Directive”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1297-1328.
- C. PERARO, “Legittimazione ad agire di un’associazione a tutela dei consumatori e diritto alla protezione dei dati personali a margine della sentenza Fashion ID”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 982-999.
- G. RISSO, “Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?”, *Journal of Private International Law*, 15, 1, 2019, pp. 210-233.
- C. SCOTT, “Consumer law, enforcement and the New Deal for Consumers”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1279-1296.
- L. SERAFINELLI, “Ancora sulla tutela del consumatore, anche in forma collettiva”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXXV, 3, 2019, parte II, pp. 612-620.

- B.A. WARWAS, “Access to privatized consumer justice: arbitration, ADR, and the future of value-oriented justice in the EU”, en *Privatizing dispute resolution: trends and limits*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 325-347.
- C. WENDLAND, “Abtretungen und Verbraucherschutz unter der Rom I-Verordnung: zessionsbedingte Neuanknüpfung von Verbrauchervertragsanforderungen?”, *ZVglRWiss*, 118, 4, 2019, pp. 422-448.
- J.J. WITTE/M.S. WETZIG, “Die Musterfeststellungsklage, Placebo oder Allheilmittel für den deutschen Verbraucherschutz?: ein Kommentar zur Einführung der Musterfeststellungsklage aus rechtsvergleichender Sicht”, *WM*, 73, 2, 2019, pp. 52-59.
- M. ZINNER/M. REIFFENSTEIN, *Hindernisse bei der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung: wie kann europäisches Recht gegensteuern?*, Wien, Verlag Österreich, 2019.

### Contrato internacional de trabajo

- U. BECKER, “Grundrechte der Arbeit in Europa: zu Funktionen, Verschränkungen und Konfliktlinien vernetzter Grundrechtsordnungen”, *EuR*, 54, 5, 2019, pp. 469-501.
- U. GRUŠIĆ, “L’effet du Brexit sur le droit international privé du travail”, *RCDIP*, 2019, pp. 367-384.
- B. HAFTTEL, “Contrat de travail, salarié étranger en situation irrégulière et lois de police: le Conseil d’État se convertit, un peu trop, aux méthodes du droit international privé”, *Revue des contrats*, 4, 2019, pp. 65-68.
- A. JUNKER, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- O.L. KNÖFEL, “Flugpersonal im europäischen Arbeitsprozessrecht: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.9.2017, verb. C-168/16 u. C-169/16 (Nogueira u.a. vs. Crewlink Ireland Ltd. u. Moreno Osacar vs. Ryanair Designated Activity Company, vormals Ryanair Ltd.)”, *GPR*, 16, 1, 2019, pp. 43-48.
- A. NUYS, “L’affaire Ryanair: le for compétent pour les litiges avec le personnel de cabine: note”, *Revue de droit commercial belge*, 125, 1, 2019, pp. 84-90.
- D. OUDKERK/A. ROGERS & CONTRIBUTORS, *International employment law disputes*, London, Sweet & Maxwell, 2019.
- M.E. RISAK, “Grenzüberschreitendes Arbeiten im virtuellen Raum: ein Fall für das europäische Arbeitsrecht?”, *Das Recht der Arbeit*, 69, 2, 2019, n° 381, pp. 117-121.
- F. THOMAS, *Les relations de travail offshore: contribution à l’étude du pluralisme juridique*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2019.
- G.W. VAN DER VOET, “International maritime employment law: about the special legal status of the most globalised of international workers: the seafarer”, *NIPR*, 37, 1, 2019, pp. 4-20.

### Derechos reales

- Z. CRESPI REGHIZZI, “Profili di diritto internazionale privato del commercio dei beni culturali”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.2, 2019, pp. 361-384.
- M. FRIGO, “La transition en droit interne italien de la Directive 2014/60 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d’un État membre”, en *Un patrimoine vivant, entre nature et culture: liber amicorum en l’honneur de Jérôme Fromageau*, Paris, Mare & Martin, 2019, pp. 327-339.
- P. HARTMANN, *Sicherheitsübertragungen und besitzlose Pfandrechte im europäischen Insolvenzrecht: unter besonderer Berücksichtigung des deutschen, englischen und französischen Rechts*, Köln, Heymanns, 2019.
- G. MINNE, “Le gage et le transfert de propriété à titre de garantie dans la proposition de règlement européen sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances”, *DA: Revue internationale du droit des affaires*, 1, n° 129, 2019, pp. 35-47.

**Propiedad intelectual e industrial**

- R.M. BALLARDINI/P. KUOPPAMÄKI/O. PITKÄNEN (EDS.), *Regulating industrial internet through IPR, data protection and competition law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.
- Y. BASIRE, “La propriété industrielle devant les juridictions de l’Union européenne (novembre 2017-novembre 2018)”, *Europe*, 29, 3, 2019, pp. 13-17.
- T. DREIER, “Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts: Anmerkung zu EuGH ‘Funke Medien NRW’ und ‘Spiegel Online’”, *GRUR Int.*, 68, 10, 2019, pp. 1003-1008.
- A. ECKERT, *Die Durchsetzung von Benutzungsverboten im Unionsdesign- und Unionsmarkenrecht: Zwangsgeldvollstreckung im Europäischen Rechtsraum*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2019.
- F. EICHEL, “Der prozessuale Handlungsort bei internationalen Markenrechtsverletzungen im Internet (zu BGH, 9.11.2017, I ZR 164/16, unten S. 48, Nr. 1, und öst. OGH, 20.12.2016, 4 Ob 45/16w, unten S. 53, Nr. 2)”, *IPRax*, 39, 1, 2019, pp. 16-23.
- M. GOLDHAMMER, “Realitäten europäischer Kommunikationsgrundrechte und der lange Arm des Urhebers: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019, C-516/17, Spiegel Online/Beck (ZUM 2019, 759)”, *ZUM*, 63, 10, 2019, pp. 727-731.
- J. GRIFFITHS, “European Union copyright law and the Charter of Fundamental Rights: Advocate General Szpunar’s opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17), Spiegel Online”, *ERA-Forum*, 20, 1, 2019, pp. 35-50.
- P. HOMAR, “Umsetzung und Anwendung der Urheberrechtsausnahmen: zugleich eine Anmerkung zu EuGH 29.07.2019, C-516/17, ‘Spiegel Online’”, *Medien und Recht*, 16, 3-4, 2019, pp. 79-89.
- P. HOMAR, “Enge Handlungsspielräume für das Sampling: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019, C-476/17, Pelham u.a./Hütter u.a. (ZUM 2019, 738)”, *ZUM*, 63, 10, 2019, pp. 731-737.
- S. HORN, “Grenzüberschreitende Musterfeststellungsklagen”, *ZVglRWiss*, 118, 3, 2019, pp. 314-340.
- M. LEISTNER, “Das Urteil des EuGH in Sachen ‘Funke Medien NRW/Deutschland’: gute Nachrichten über ein urheberrechtliches Tagesereignis: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019, C-469/17, Funke Medien NRW/Deutschland (ZUM 2019, 751)”, *ZUM*, 63, 10, 2019, pp. 720-726.
- D. MOURA VICENTE, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- K. RANTASAARI, “The European multiple patent defendants rule as a legal constraint for start-ups and growth companies”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 14, 12, 2019, pp. 949-957.
- J. SCHULTE, “Gemeinsam verzockt: Zuständigkeit und Anknüpfung bei Verletzung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters durch mehrere Schädiger (zu EuGH, 27.9.2017, Rs. C-24, 25/16, Nintendo, unten S. 233, Nr. 18)”, *IPRax*, 39, 3, 2019, pp. 202-208.
- C. SGANGA, “The fundamental rights saga in EU copyright law: time for the boundary-setting season?”, *Medien und Recht*, 16, 2, 2019, pp. 56-63.
- C. SGANGA, “A decade of fair balance doctrine, and how to fix it: copyright versus fundamental rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel online”, *EIPR*, 41, 11, 2019, pp. 683-696.
- M. STIEPER, “Der Trans Europa Express ist aus Luxemburg zurück: auf dem Weg zu einer Vollharmonisierung der urheberrechtlichen Schranken: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteile vom 29.7.2019, C-469/17, C-476/17, C-516/17 (ZUM 2019, 751, Funke Medien NRW/Deutschland, ZUM 2019, 738, Pelham u.a./Hütter u.a. und EuGH 2019, 759, Spiegel Online/Beck)”, *ZUM*, 63, 10, 2019, pp. 713-720.
- T.E. SYNODINOU (ED.), *Pluralism or universalism in international copyright law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.
- L. TOCHTERMANN, “Joint liability in Germany for patent infringement committed abroad”, *Journal of intellectual property law & practice*, 14, 6, 2019, pp. 494-503.
- É. TREPPOZ, “Marques de l’Union et forum shopping”, *Revue des affaires européennes*, 24, 3, 2019, 3, pp. 541-551.
- J.J. WITTE/M.S. WETZIG, “Die Musterfeststellungsklage, Placebo oder Allheilmittel für den deutschen Verbraucherschutz?: ein Kommentar zur Einführung der Musterfeststellungsklage aus rechtsvergleichender Sicht”, *WM*, 73, 2, 2019, pp. 52-59.

L. WOLLENSCHLÄGER, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Patentvindikationsanspruches*, Köln, Heymann, 2019.

### Obligaciones extracontractuales

- R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anti-concurrentielles (sept. 2018-juin 2019)”, *Concurrences*, n° 3, 2019, pp. 230-246
- E.-M. BAJONS, “OGH (contra EuGH): (kein) Amtshaftungsanspruch bei Verletzung von Aufsichtspflichten durch einen beamteten Lehrer”, *ZfRV*, 60, 5, 2019, pp. 196-199.
- P. BIROLLEAU, “La difficile conciliation avec le droit européen de la rupture brutale des relations d’affaires”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 80, 2019, pp. 22-26.
- D. BUREAU, “À propos du règlement Rome II: de la règle de conflit aux lois de police en passant par la transposition des directives (CJUE 31 janv. 2019, aff. C-149/18, D. 2019. 257, ibid. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke)”, *RCDIP*, 2019, pp. 557-571.
- R. CAPONI, “Ultimo dall’Europa sull’azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate)”, *Foro it.*, CXLIV, 9, 2019, parte V, col. 332-338.
- J. CHABRNY, *Grenzüberschreitende Sammelklagen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2019.
- A. ENGEL, *Internationales Kapitalmarktdeliktsrecht: eine Untersuchung zum anwendbaren Recht der Prospekthftung und der Haftung für fehlerhafte Sekundärmarktinformation (insbesondere Ad-hoc-Publizität) in den USA und der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- M. FRANÇOISE, “Retour sur la qualification de loi de police d’une loi nationale de transposition et précisions quant au champ d’application matériel du règlement Rome II au regard des directives européennes: CJUE, 31 janv. 2019, no. C-149/18, Agostinho da Silva Martins c/ Dekra Claims Services Portugal SA”, *Petites affiches*, 408, 85, 2019, pp. 15-18.
- T. GÖRGEN, *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen: eine Untersuchung der zivilrechtlichen Haftung unter besonderer Berücksichtigung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- U. GRUŠIĆ, “Unjust enrichment and the Brussels I Regulation”, *ICLQ*, 68, 4, 2019, pp. 837-868.
- M. HABERSACK/M. EHRL, “Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer: de lege lata und de lege ferenda”, *AcP*, 219, 2, 2019, pp. 155-210.
- R. HACKBARTH, “Kehrtwende beim internationalen Tatortgerichtsstand?: Anmerkungen zur ‘AMS Neve’-Entscheidung”, *GRUR Int.*, 68, 12, 2019, pp. 1269-1273.
- F. HERRMANN/M. JAKOB, “Arbitration cartel damage claims in the EU: still possible after the CDC judgment?: an analysis on the arbitrability of cartel damage claims and the interpretation of the scope of arbitration agreements”, *Global Competition Litigation Review*, 12, 3, 2019, pp. 118-129.
- B. HESS, “Protecting privacy by cross-border injunction”, *RDIPP*, LV, 2, 2019, pp. 284-301.
- L. IDOT, “Le contentieux international des actions en répartition pour violation du droit de la concurrence: l’arrêt CDC revisité (CJUE, 2e ch., 5 juill. 2018, aff. C-27/17, AB ‘fly-LAL-Lithuanian Airlines’ [...])”, *RCDIP*, 2019, pp. 786-816.
- C. KLEINER, “For délictuel, localisation du préjudice financier (dévalorisation des titres financiers): CJUE, 1er ch., 12 sept. 2018, aff. C-304/17, Helga Löber c/ Barclays Bank plc., JurisData no. 2018-017863”, *JDI Clunet*, 146, 2, 2019, pp. 503-516.
- T. KLICKA, “Die Anwendung des Deliktgerichtsstands nach Art 7 Nr 2 EuGVVO auf reine Vermögensschäden eines Fahrzeugkäufers: eine Replik auf Oberhammer, JBl 2018, 750”, *Juristische Blätter*, 141, 6, 2019, pp. 337-346.
- A. LANG, *Internationale und interstaatliche Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte für Produkthftungsklagen: personal jurisdiction in stream-of-commerce cases*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2019.
- M. LEHMANN/F. EICHEL, “Globaler Klimawandel und internationales Privatrecht: Zuständigkeit und anzuwendendes Recht für transnationale Klagen wegen klimawandelbedingter Individualschäden”, *RabelsZ*, 83, 1, 2019, pp. 77-110.

- M. LENDERMANN, *Strafschadenersatz im internationalen Rechtsverkehr: die Behandlung ausländischer punitive damages im deutsch-französischen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- T.B. LÜHMANN, “Risiken und Nebenwirkungen des IPR bei der kollektiven Durchsetzung von Kartellschadenersatzansprüchen: zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Kartellschadenersatzansprüchen wegen Verletzung von europäischem und drittstaatlichem Kartellrecht”, *RIW*, 65, 1-2, 2019, pp. 7-20.
- U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (EDS.), *Rome II Regulation: Commentary. European commentaries on private international law*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2019.
- P. MANKOWSKI, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen: kartellrechtliche Schadensersatzklage: EuGH, 24.10.2018, C-595/17 Apple Sales International, Apple Inc., Apple retail France EURL vs. MJA als Liquidator von eBizcuss.com: mit Anmerkung”, *JZ*, 74, 2, 2019, pp. 141-144.
- N. MICHAIL, “Entre le RGPD et le règlement Bruxelles Ibis: quel juge pour protéger nos données personnelles?”, *Droit de la consommation*, n° 122-123, 2019, pp. 175-200.
- H. MUIR-WATT, “Le retour du forum actoris en matière financière se précise (CJUE, 1re ch., 12 sept. 2018, aff. C-304/17, D. 2018.1761)”, *RCDIP*, 2019, pp. 135-146.
- C.S.A. OKOLI/E. ROBERTS, “The operation of Article 4 of Rome II Regulation in English and Irish courts”, *Journal of Private International Law*, 15, 3, 2019, pp. 605-625.
- J. OSTER, *Kommunikationsdeliktsrecht: eine transnationale Untersuchung am Beispiel des Ehrschutzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- L. PAILLER, “Conflit de lois: CJUE, 6e ch., 31 janv. 2019, aff. C-149/18, Agostinho da Silva Martins c/ Dekra Claims Services Portugal SA”, *JDI Clunet*, 146, 3, 2019, pp. 878-894.
- L. RADEMACHER, “Favor laesi und renvoi: Verweisungsart bei Distanzdelikten (zu OLG Hamm, 3.5.2017, 3 U 30/17, unten S. 165, Nr. 17)”, *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 140-147.
- G. RISSO, “Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?”, *Journal of Private International Law*, 15, 1, 2019, pp. 210-233.
- R. SACK, *Internationales Lauterkeitsrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019.
- I. SCHERER, “Prozessuale Fragestellungen beim ‘Folgenbeseitigungsanspruch’ im Lauterkeitsrecht”, *Verbraucher und Recht*, 34, 7, 2019, pp. 243-251.
- B.J. SCRABACK, “Marktortanknüpfung bei Kartellen?: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 5.7.2018, C-27/17, AB flyLAL, Lithuanian Airlines vs. Starptautiskā lidosta, Rīga VAS, Air Baltic Corporation AS, ECLI:EU:C:2018:533”, *GPR*, 16, 2, 2019, pp. 69-73.
- P. SIAPLAOURAS, “Gerichtsstandsvereinbarungen und Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.6.2017, C-436/16, Leventis und Vafeias, ECLI:EU:C:2017:497”, *GPR*, 16, 1, 2019, pp. 13-19.
- A. STAUDINGER, “10 Jahre Rom II-VO und Haager Straßenverkehrsübereinkommen: Zeit für eine Bestandsanalyse im Lichte des Brexit und der angedachten EU-Erweiterung”, *Deutsches Autorecht*, 89, 12, 2019, pp. 669-675.
- T. THIEDE/S. LORSCHIEDER, “Die internationale Zuständigkeit für Ansprüche von Anlegern aus Prospekthaftung: zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 12.9.2018, Löber/Barclays (C-304/17)”, *EuZW*, 30, 7, 2019, pp. 274-280.
- C. THOLE, “Die Abgrenzung zwischen EuInsVO und EuGVVO bei Haftungsklagen gegen Dritte wegen eines Gläubigergesamtschadens (zu EuGH, 6.2.2019, Rs. C-535/17, NK, Konkursverwalter der PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV und von PI vs. BNP Paribas Fortis NV)”, *IPRax*, 39, 6, 2019, pp. 483-488.
- C.E. TUO, “The consequences of Brexit for recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters: some remarks”, *RDIPP*, LV, 2, 2019, pp. 302-308.
- W. VAN DER VELDE, “Beachcombing for liability limits?: wreck and cargo removal claims in private international law”, *NIPR*, 37, 1, 2019, pp. 21-33.
- I. WELSER/A.K. WOLF-POSCH, “Private enforcement of cartel infringements before arbitral tribunals”, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2019, pp. 39-65.
- C. WENDELSTEIN, “‘Menschenrechtliche’ Verhaltenspflichten im System des internationalen Privatrechts”, *RabelsZ*, 83, 1, 2019, pp. 111-153.

- P. WESTERHOVEN, *Gerichtsstandsklauseln in der privaten Durchsetzung des EU-Kartellrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- F. ZUFALL, “Shifting role of the ‘place’: from locus delicti to online ubiquity in EU, Japanese and U.S. conflict of tort laws”, *RebelsZ*, 83, 4, 2019, pp. 760-796.

### Insolvenzia internacional

- S. BALTHASAR, “Unternehmenssanierungen nach dem Schuldverschreibungsgesetz und der Restrukturierungsrichtlinie: eine kritische Analyse”, *ZHR*, 183, 6, 2019, pp. 662-694.
- L. BENEDETTI, “Information flows in the insolvency of enterprise groups”, *European Business Law Review*, 30, 3, 2019, pp. 417-438.
- D. BRAMKAMP, *Die Attraktivgerichtsstände des europäischen Insolvenzrechts: eine Untersuchung der Regelungen des Art. 6 EulnsVO*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019.
- M. BRINKMANN (ED.), *European insolvency regulation: article-by-article commentary*, München, Beck, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Chicago, Hart, 2019.
- D. BUREAU, “De la compétence exclusive en matière d’action révocatoire”, *RCDIP*, 2019, pp. 476-486.
- B. DOSTAL, “Zur Frage der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts für Gläubigeranfechtungsklagen: zugleich Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 4.10.2018”, *IHR*, 19, 3, 2019, pp. 89-101.
- H. EIDENMÜLLER, “The rise and fall of regulatory competition in corporate insolvency law in the European Union”, *EBOR*, 20, 3, 2019, pp. 547-566.
- F. FRIND, “EU-Restrukturierungsrichtlinie: der insolvenzrechtliche Überschuldungstatbestand als notwendiges ‘Frühwarnsystem’ bei der nationalen Umsetzung”, *BB*, 74, 41, 2019, pp. 2381-2387.
- D.F. FRITZ/L. SCHOLTIS, “Rechtsprechungsübersicht im internationalen Insolvenzrecht 2019/2019: Entscheidungen des EuGH und deutscher Gerichtsbarkeit”, *IWRZ*, 4, 4, 2019, pp. 147-152.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The EU regime on securitisation: coordination between the regulatory framework and the conflict of law rules”, *ZEuP*, 27, 1, 2019, pp. 13-40.
- E. GÖRETZLEHNER, *Maritime Cross-Border Insolvency: An Analysis for Germany, England & Wales and the USA*, Cham, Springer, 2019.
- F. GRELL/U. KLOCKENBRINK, “Auswirkungen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen auf Fremdkapitalgeber: ausgewählte Themen von Cram Down bis Lender Liability”, *DB*, 72, 26, 2019, pp. 1489-1494.
- J.C. GRÖNING, *Gesellschafter- und Geschäftsleiterhaftung im internationalen Zivilverfahrensrecht: zur internationalen Zuständigkeit nach Brüssel Ia-VO und EuInsVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- M. HAENTJENS/B. WESSELS (EDS.), *Research handbook on cross-border bank resolution*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2019.
- P. HARTMANN, *Sicherheitsübertragungen und besitzlose Pfandrechte im europäischen Insolvenzrecht: unter besonderer Berücksichtigung des deutschen, englischen und französischen Rechts*, Köln, Heymanns, 2019.
- B. HESS (HRSG.), *Europäisches Insolvenzrecht: grundsätzliche Fragestellungen der Prozessrechtsverglei-  
chung*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2019.
- H. HESS, *Die Restrukturierung des Insolvenzrechts: eine Analyse des Richtlinienentwurfs COM(2016)  
723 final*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- T. HIMMER, *Das europäische Konzerninsolvenzrecht nach der reformierten EuInsVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- J.F. HOFFMANN, “Gläubigeranfechtungsklagen und Zuständigkeit nach Maßgabe der EuGVVO: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 4.10.2018, C-337/17, Feniks”, *GPR*, 16, 4, 2019, pp. 168-173.
- C.A. KERN/C. UHLMANN, “Internationale Zuständigkeit bei Anfechtungsklagen, die außerhalb eines Insolvenzverfahrens erhoben werden (zu EuGH, 4.10.2018, Rs. C-337/17, Feniks sp. z.o.o. vs. Azteca Products & Services SL)”, *IPRax*, 39, 6, 2019, pp. 488-493.

- É. KLEIDER, *De la faillite internationale à la procédure d'insolvabilité européen-suisse dans le cadre du règlement No 2015/848: les effets en Suisse*, Paris, LGDJ, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- C. KOLLER/E. LOVREK/M. SPITZER, *IO: Insolvenzordnung: Mit EuInsVO und EKEG: Kommentar*, Wien, Verlag Österreich, 2019.
- L. KORHERR, *Funktional-teleologische Qualifikation und Gläubigerschutz: eine Untersuchung zur Anwendbarkeit insolvenznaher Gläubigerschutzinstrumente auf EU-Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz*, München, C.H. Beck, 2019.
- T. KOSTOULA, "Cross-border insolvency of groups of companies under the Regulation (EU) 2015/848", *European Company Law*, 16, 3, 2019, pp. 74-82.
- L. LUCHETTI/G. PALERMO, "Recenti sviluppi normativi in materia di riconoscimento di decreti di fallimento e di concordati stranieri in Svizzera", *Diritto del commercio internazionale*, 33.2, 2019, pp. 291-307.
- T. LUTZI, "'Feniks' aus der Asche: internationale Zuständigkeit für die actio pauliana nach der EuGVVO", *RIW*, 65, 5, 2019, pp. 252-258.
- R. MANGANO, "The puzzle of the new European COMI rules: rethinking COMI in the age multinational, digital and glocal enterprises", *EBOR*, 20, 4, 2019, pp. 779-800.
- E. MOUSTAIRA, *International Insolvency Law: National Laws and International Texts*, Cham, Springer International Publishing, 2019.
- J.A. MÜLLER, *Internationale Verweisungen und forum (non) conveniens im europäischen Konzerninsolvenzrecht*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- J. PARZINGER, "Der Vorrang für neues Geld nach der Restrukturierungsrichtlinie", *ZIP*, 40, 37, 2019, pp. 1748-1759.
- M. POESEN, "Once more unto the breach: the actio pauliana is a matter relating to a contract in EU private international law", *European Review of Contract Law*, 15, 1, 2019, pp. 58-65.
- A. SCHMIDT/B. KNOF, *EuInsVO: Kommentar*, Köln, Heymanns, 2019.
- L. SCHMIDT, *Die Zusicherung nach Art. 36 EuInsVO: zugleich ein Beitrag zur Bewältigung grenzüberschreitender Konzerninsolvenzen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- I. SCHNEIDER, *Registrierte Gegenstände im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren nach der EuInsVO*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.
- C.H. SEIBT/A. VON TREUENFELD, "Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Aspekte der EU-Restrukturierungsrichtlinie", *DB*, 72, 21, 2019, pp. 1190-1199.
- D. SKAURADZUN, "Die Restrukturierungsrichtlinie und das 'verschwitze' internationale Zivilverfahrensrecht", *ZIP*, 40, 32, 2019, pp. 1501-1507.
- A. TENENBAUM, "Action paulienne et détachement des travailleurs: nouveautés jurisprudentielle et législative: CJUE, 4 oct. 2018, no. C-337/17, Feniks sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL", *Revue des contrats*, 1, 2019, pp. 154-158.
- C. THOLE, "Die Abgrenzung zwischen EuInsVO und EuGVVO bei Haftungsklagen gegen Dritte wegen eines Gläubigergesamtschadens (zu EuGH, 6.2.2019, Rs. C-535/17, NK, Konkursverwalter der PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV und von PI vs. BNP Paribas Fortis NV)", *IPRax*, 39, 6, 2019, pp. 483-488.

### Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial

- N. BRÜGGEMANN, *Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- D. FOUSSARD, "Délai d'exécution d'une ordonnance de saisie conservatoire émise par un État membre et revêtu du caractère exécutoire sur le territoire d'un autre État membre", *RCDIP*, 2019, pp. 160-176.
- A. GOLĄB, "Cross-border implications of fictitious service and unreasoned judgements in the EU (annotation to the German Federal Court of Justice's decision of 10/9/2015, IX ZB 39/13, see below p. 66, no. 7)", *IPRax*, 39, 1, 2019, pp. 30-35.

- J. VON HEIN/T. IMM, “Grenzüberschreitende Durchsetzung von Forderungen in der EU: vom Flickenteppich zum System”, *IWRZ*, 4, 3, 2019, pp. 112-118.
- M. HO-DAC, “Précisions sur l’office du juge (d’origine) en matière d’exécution internationale des décisions dans les litiges européens de consommation: CJUE, 4 septembre 2019, Salvoni, C-347/18, ECLI:EU:C:2019:661”, *Revue des affaires européennes*, 24, 3, 2019, pp. 653-662.
- G. MÄSCH/M.C. PEIFFER, “Das neue Vollstreckungsregime unter der Brüssel Ia-VO: was bringt der Paradigmenwechsel für den Vollstreckungsgläubiger?”, *RIW*, 65, 5, 2019, pp. 245-252.
- H. MUIR-WATT, “Sanctionner ou circuler?: les conséquences sur le terrain des effets des jugements de la méconnaissance par le juge second saisi des règles relatives à la litispendance”, *RCDIP*, 2019, pp. 487-503.
- P. SCHWARZ, *Enforcement Shopping im europäischen Rechtsraum: unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und polnischen Zwangsvollstreckungsrechts*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2019.
- B. ULRICI, “Vollstreckung nach der Brüssel Ia-VO bei Abhängigkeit von einer Sicherheitsleistung”, *RIW*, 65, 7, 2019, pp. 406-414.
- L. VOLKHAUSEN, “Die Abschaffung des Exequaturverfahrens: ein Weg zu mehr einverständlichem Vorgehen im europäischen Verfahrensrecht?”, en *The EU and the matter of concerted acting*, 2019, pp. 67-91.
- C. VOSS, *Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen “effet utile”?: die Reichweite der “Klausner Holz”-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und ihre Auswirkungen auf das deutsche Zivilprozessrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- J. WOLBER, “Die Pfändbarkeit eines Gesellschaftsanteils an einer britischen LLP im Inland: zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des europäischen Zwangsvollstreckungsrechts”, *EuZW*, 30, 20, 2019, pp. 863-868.
- H. ZIMMER, *Die Abschaffung des Exequaturverfahrens im Rahmen der Brüssel Ia-VO*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2019.

### Arbitraje privado internacional

- F. DE ABREU DUARTE, “‘But the last word is ours’: the monopoly of jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in light of the investment court system”, *European Journal of International Law*, 30, 4, 2019, pp. 1187-1220.
- S. AMPATZI, *Das AGB-Recht in der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr: eine Untersuchung im deutschen und griechischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- I. AMRO, *Online arbitration in theory and in practice: a comparative study of cross-border commercial transactions in common law and civil law countries*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2019.
- A. ANDOLFI, “L’arbitrato in materia di investimenti alla prova dell’effettività del diritto dell’Unione”, *Rivista dell’arbitrato*, XXIX, 1, 2019, pp. 136-159.
- A. ANDOLFI, “Il difficile equilibrio tra primauté del diritto dell’Unione e autonomia dell’arbitrato: riflessioni all’indomani della sentenza Achmea”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXXIII, 3, 2019, pp. 987-1012.
- A. ANDOLFI, “L’incerta sorte dell’investment arbitration: note a margine del parere 1/17 della Corte di giustizia”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.4, 2019, pp. 755-783.
- S. BATTINI, “La grande avventura della giustizia amministrativa, oltre lo Stato: il caso dell’arbitrato internazionale in materia di investimenti”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 69, 4, 2019, pp. 1003-1042.
- S. BERTOLINI, *Die Durchsetzung von ISDS-Entscheidungen in Deutschland: unter besonderer Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der EU*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.
- M. BHATTI, *Islamic law and international commercial arbitration: The application of shari‘a in contemporary international commercial arbitration*, London, New York, Routledge, 2019.

- P. BINDER, *International commercial arbitration and mediation in UNCITRAL model law jurisdictions*, 4<sup>a</sup> ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.
- G. BLANKE, “The European Commission as amicus curiae in EU competition arbitration: towards a structured approach”, *European Competition Law Review*, 40, 9, 2019, pp. 438-444.
- W. BUCHWITZ, *Schiedsverfahrensrecht*, Berlin, Springer, 2019.
- B. CENTNER, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren: eine historisch-rechtsvergleichende Studie zu den Grundlagen der Rechtsermittlung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- G. COOP/G. SHARMA, “Procedural innovations to ISDS in recent trade and investment treaties: a comparison of the USMCA and CETA”, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2019, pp. 467-492.
- J.F. DELILE, “L’avis 1/17, ou, Le retour en grâce des juridictions internationales auprès de la Cour de justice de l’Union européenne”, *Revue des affaires européennes*, 24, 2, 2019, pp. 347-370.
- C. DE STEFANO, “Spama incentivi, aiuti di Stato e legittimo affidamento: una riflessione sugli arbitrati internazionali d’investimento sulle energie rinnovabili”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.2, 2019, pp. 406-416.
- F. EMANUELE/M. MOLFA/R. MONICO, “The impact of Brexit on international arbitration”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 856-877.
- K. FACH GÓMEZ/A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ (EDS.), *60 Years of the New York Convention: key issues and future challenges*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.
- M. FANOU, “Intra-European Union investor-State arbitration post-Achmea: RIP?: an assessment in the aftermath of the Court of Justice of the European Union, case C-284/16, Achmea, judgment of 6 March 2018, EU:C:2018:158”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26, 2, 2019, pp. 316-340.
- F. FERRARI/S. KRÖLL (EDS.), *Conflict of laws in international commercial arbitration*, Huntington, NY, Juris, 2019.
- F. FERRARI/F. ROSENFELD (EDS.), *Inherent powers of arbitrators*, Huntington, Juris, 2019.
- R.H. FOLSOM, *Principles of international litigation and arbitration*, 2<sup>a</sup> ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2019.
- S. GÖSSLING, *Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit: die Bedeutung der Rom I-Verordnung bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts durch internationale Handelsschiedsgerichte mit Sitz in der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- M. GÓMEZ JENE, *International commercial arbitration in Spain*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.
- F. HERRMANN/M. JAKOB, “Arbitration cartel damage claims in the EU: still possible after the CDC judgment?: an analysis on the arbitrability of cartel damage claims and the interpretation of the scope of arbitration agreements”, *Global Competition Litigation Review*, 12, 3, 2019, pp. 118-129.
- F. IORIO, “Opinion 1/17: has the EU made peace with investment arbitration?”, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 4, 2019, pp. 407-420.
- R. KHODYKIN/C. MULCAHY/N. FLETCHER, *A guide to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- G.E. KODEK, “Commercial arbitration after Achmea: business as usual?”, en *Privatizing dispute resolution: trends and limits*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 187-208.
- M. LAZOUZI, “L’éviction du for de l’action directe de la victime au profit de l’arbitrage international prévu par le contrat d’assurance?”, *Revue des contrats*, 4, 2019, pp. 69-73.
- Y. LEVASHOVA, *The right of States to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.
- A. LINARES CANTILLO, *El Derecho aplicable en el arbitraje de inversión: la tensión con el Derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/K. FACH GÓMEZ (EDS.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjerías en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- P. MARCISZ/A. ORZEL-JAKUBOWSKA, “The right to be unheard: recognition and enforcement of anti-suit injunctions issued by arbitrations in the EU”, *Journal of International Dispute Settlement*, 10, 1, 2019, pp. 1-22.
- D. MURRAY/W. ANTOON, “International arbitration in 2029 in a post-Brexit UK: 10 predictions (and a review of relevant English Court decisions of the last 6 months)”, *Diritto del commercio internazionale*, 33.2, 2019, pp. 309-322.
- D. NIGMATULLINA, *Combining mediation and arbitration in international commercial dispute resolution*, London, New York, Routledge, 2019.
- N.D. O’MALLEY, *Rules of evidence in international arbitration: an annotated guide*, 2ª ed., London, Informa Law from Routledge, 2019.
- M. PIKA, *Third-party effects of arbitral awards: res judicata against privies, non-mutual preclusion and factual effects*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.
- E. REYMOND-ENIAEVA, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, Cham, Springer, 2019.
- J. RISSE, “The future of arbitration: a poet’s prophecy”, *Journal of International Arbitration*, 36, 6, 2019, pp. 679-692.
- B. SABAH/N. RUBINS/D. WALLACE, Jr., *Investor-State Arbitration*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- H.-C. SALGER/R. TRITTMANN (HRSG.), *Internationale Schiedsverfahren: Praxishandbuch*, München, C.H. Beck, 2019.
- H. SAUER, “Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte: eine Rekonstruktion der Autonomie des Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH”, *JZ*, 74, 19, 2019, pp. 925-935.
- C. TITI/K. FACH GÓMEZ (ED.), *Mediation in international commercial and investment disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- A. TRAKIC/J. BENSON/P.K. AHMED (EDS.), *Dispute resolution in Islamic finance: alternatives to litigation?*, London, New York, Routledge, 2019.
- T. VÁRADY/J.J. BARCELÓ III/S. KRÖLL/A.T. VON MEHREN, *International commercial arbitration: a transnational perspective*, 7ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2019.
- B.A. WARWAS, “Access to privatized consumer justice: arbitration, ADR, and the future of value-oriented justice in the EU”, en *Privatizing dispute resolution: trends and limits*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 325-347.
- I. WELSER/A.K. WOLF-POSCH, “Private enforcement of cartel infringements before arbitral tribunals”, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2019, pp. 39-65.
- R. WOLFF (ED.), *New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: article-by-article commentary*, 2ª ed., München, Beck, Oxford, Hart Publishing, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- G. ZEILER/A. SIWY (EDS.), *The European Convention on International Commercial Arbitration: a Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.

## Derecho de familia internacional

- M. ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019.
- K. BOELE-WOELKI/D. MARTINY, *Plurality and diversity of family relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- A. DUTTA, *Familie und Personenstand: ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht*, 3ª ed., Frankfurt am Main, Berlin, Verlag für Standesamtswesen, 2019.
- E. GITSCHTHALER (HRSG.), *Internationales Familienrecht: EU-Verordnungen und Haager Übereinkommen zum Ehe-, Partner- und Kindschaftsrecht: Kommentar*, Wien, Verlag Österreich, 2019.
- C. JASPERS, “Mandatory mediation from a European and comparative law perspective”, en *Plurality and diversity of family relations in Europe*, 2019, pp. 341-369.

- C. KOHLER, “Anmerkungen zur Parteiautonomie im internationalen Familien- und Erbrecht”, en *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 9-25.
- C. KOHLER/W. PINTENS, “Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2018-2019”, *FamRZ*, 66, 18, 2019, pp. 1477-1488.
- R. MAGNUS, “Die konkludente Rechtswahl im internationalen Erb- und Familienrecht”, *IPRax*, 39, 1, 2019, pp. 8-16.
- K. NIETHAMMER-JÜRGENS/M. ERB-KLÜNEMANN, *Internationales Familienrecht in der Praxis: ein Leitfaden*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2019.
- Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2019.
- A. SAHNER, *Materialisierung der Rechtswahl im internationalen Familienrecht: zur Bedeutung des Schwächerenschutzes im europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- M. STREICHER, *Familiensachen mit Auslandsberührung: Anwaltshandbuch zur effizienten Bearbeitung familienrechtlicher Mandate mit Auslandsbezug*, 3ª ed., Köln, Deubner Recht & Praxis, 2019.

### Persona física

- S. ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad en Derecho internacional privado español*, Madrid, Reus Editorial, 2019.
- M. GEBAUER/H.-P. MANSEL/G. SCHULZE (HRSG.), *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- H.-P. MANSEL, “Methoden des internationalen Privatrechts: Personalstatut, Verweisung und Anerkennung”, en *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 27-46.

### Matrimonio y parejas de hecho

- E. DÍEZ PERALTA, *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho internacional: un enfoque de género y de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- K. DE LA DURANTAYE, “Same same but different?: das IPR der Ehe für alle nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Eheöffnungsgesetzes”, *IPRax*, 39, 4, 2019, pp. 281-290.
- F. PESCE, “La nozione di ‘matrimonio’: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 777-818.
- C.S. RUPP, “Verliebt, verlobt, rückabgewickelt?: Ansprüche bei der Auflösung von Verlobnissen aus grenzüberschreitender Perspektive”, *RabelsZ*, 83, 1, 2019, pp. 154-187.
- M. SHAHID, “How do European courts approach the sensitive topic of same-sex marriage?: an analysis of the case law of the ECtHR and the CJEU in the ‘Catch 22’-field of equal marriage rights”, *European Yearbook on Human Rights 2019*, 2019, pp. 237-259.
- D. ZANNONI, “Jurisdiction and law applicable to civil partnership under Italian law”, *ZEuP*, 27, 3, 2019, pp. 571-592.

### Régimen económico matrimonial y de parejas registradas

- S. ARNOLD/S. LAIMER (HRSG.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: internationales Ehegüterrecht und Güterrecht für LebenspartnerInnen in Europa: Handbuch*, Wien, Verlag Österreich, 2019.
- N.C. BARREDA, “Entre la lex causae et les lois de police de la lex fori: quelle alternative pour la protection du logement familial dans le règlement ‘régimes matrimoniaux’?”, *European Review of Private Law*, 27, 3, 2019, pp. 583-615.

- U. BERGQUIST/D. DAMASCELLI/R. FRIMSTON/P. LAGARDE/B. REINHARTZ, *The EU regulations on matrimonial and patrimonial property*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- P. BRUNO, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate: commento ai regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- C. DÖBEREINER/S. FRANK, *Internationales Güterrecht für die Praxis: die neuen EU-Güterrechtsverordnungen*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2019.
- A. DUTTA, “Europäische Güterrechtsverordnungen und deutsche Durchführungsgesetzgebung”, *FamRZ*, 66, 17, 2019, pp. 1390-1400.
- S. GRÄF, *Drittbeziehungen und Drittschutz in den Europäischen Güterrechtsverordnungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO (DIR.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea: comentarios a los Reglamentos (UE) n. 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- A. LAS CASAS, “La nozione autonoma di ‘regime patrimoniale tra coniugi’ del regolamento UE 2016/1103 e i modelli nazionali”, *Le nuove leggi civili commentate*, XLII, 6, 2019, pp. 1529-1555.
- S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- P. DE PAGE/I. DE STEFANI, *Régimes conventionnels et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2019.
- G. RING/L. OLSEN-RING, “Das Gesetz zum internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des internationalen Privatrechts”, *NotBZ*, 23, 4, 2019, pp. 124-132.
- G. RING/L. OLSEN-RING, “Das neue dänische IPR zum Ehegüterrecht”, *IPRax*, 39, 4, 2019, pp. 347-353.
- C. RUDOLF, “European Property Regimes Regulations: choice of law and the applicable law in the absence of choice by the parties”, *LeXonomica*, 11, 2, 2019, pp. 127-150.
- R. SCHUZ, “Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century”, *Journal of Private International Law*, 15, 1, 2019, pp. 1-49.
- M. SONNENTAG, “Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels durch den EuGH und ihre Konsequenzen: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 1.3.2018, C-558/16 (Mahnkopf)”, *JZ*, 74, 13, 2019, pp. 657-666.
- M. UITZ, “Kontroversen im europäischen Güterkollisionsrecht”, *ZfRV*, 60, 5, 2019, pp. 213-229.
- A.L. VALVO, “Integrazione europea in cammino: i regolamenti europei in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate”, *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, XXII, 61, 2019, pp. 11-17.
- M. WENDLAND, “Verfahrensrechtliche Probleme im System internationaler Entscheidungszuständigkeit der neuen europäischen Güterrechtsverordnungen: Altbekanntes und Innovatives aus dem Experimentierlabor der Europäischen Kommission”, *IPRax*, 39, 1, 2019, pp. 1-8.

### Crisis matrimoniales

- C. ALTHAMMER (ED.), *Brussels IIa - Rome III: article-by-article commentary*, München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- J. ANOMO, “Privatscheidungen und der neue Art. 17 Abs. 2 EGBGB: Rom III-VO à la berlinoise”, *StAZ*, 72, 2, 2019, pp. 33-42.
- G. BIAGIONI, “Il nuovo Regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale”, *RDI*, CII, 4, 2019, pp. 1169-1178.
- M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- M. CORBETT, “The public law aspects of the Brussels IIbis Regulation through an Irish lens”, en *Plurality and diversity of family relations in Europe*, 2019, pp. 203-224.

- A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 3, 2019, pp. 749-764.
- 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”, *CMLR*, 56, 6, 2019, pp. 1661-1672.
- M. HARPER/D. GOODMAN, *International trust and divorce litigation*, 3ª ed., London, Edinburgh, Lexis-Nexis, 2019.
- K. KAESLING, “The recognition of religious private divorces in Europe: from conflict of laws to conflict of cultures?”, en *Plurality and diversity of family relations in Europe*, 2019, pp. 257-284.
- L. SCHLÜRMANN, “Art. 17 Abs. 2 EGBGB n. F. als überschießende Anwendung der Rom III-VO: das neue Kollisionsrecht für Privatscheidungen nach Sahyouni”, *FamRZ*, 66, 13, 2019, pp. 1035-1040.
- O. TAHERI, *Die Anwendung des iranischen Scheidungsrechts vor deutschen Gerichten: in Theorie und Praxis*, Regensburg, S. Roderer Verlag, 2019.

### Filiación natural

- C. BENICKE, “Anpassungsproblematik beim Zusammentreffen deutschen Erbrechts mit englischem Eltern-Kind-Statut (zu OLG München, 10.2.2017, 34 Wx 175/16, unten S. 162, Nr. 16)”, *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 132-140.
- H. HURPY, “La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontière avec la mère d'intention”, *Revue de l'Union européenne*, n° 631, 2019, pp. 486-494.
- M.S. QUICIOS MOLINA, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, Enero-febrero (2019), núm. 1, pp. 3-46.
- P. MOSTOWIKK (ED.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood: global perspective*, Warszawa, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- L. SALES PALLARÉS, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2, 2019, pp. 326-347.

### Adopción internacional

- S. ADROHER BIOSCA, “La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica Iberoamericana”, en *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica: Madrid (España) 22, 23 y 24 de noviembre de 2018*, vol. 2, 2019, pp. 43-55.
- C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “La intermediación y los organismos acreditados en las adopciones internacionales. Reflexiones derivadas del nuevo Reglamento de adopción internacional”, *REEI*, n° 38, 2019.
- M.T. PÉREZ GIMÉNEZ, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 95, n° 772, 2019, pp. 763-805.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción simple: inscripción en el registro civil y adquisición de la nacionalidad española: una cuestión pendiente”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 35-60.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 904-916.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “El reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española: aspectos prácticos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2, 2019, pp. 801-814.
- M.J. SÁNCHEZ CANO/Y. ROMERO MATUTE, “Circunstancias que impiden o condicionan la adopción: el alcance de la denominada ‘cláusula chadiana’”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 917-928.

## Protección de menores

- S. ADROHER BIOSCA, “Estancias temporales de menores extranjeros en España: régimen jurídico vigente y desafíos de futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 51-62.
- C. ALTHAMMER (ED.), *Brussels IIa - Rome III: article-by-article commentary*, München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Règlement Bruxelles II bis: CJUE, 1re ch., 16 janv. 2019, aff. C-386/17, Stefano Liberato c/ Luminita Luisa Grigorescu: note”, *JDI Clunet*, 146, 4, 2019, pp. 1235-1242.
- G. BIAGIONI, “Il nuovo Regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale”, *RDI*, CII, 4, 2019, pp. 1169-1178.
- L. CARPANETO, “Impact of the best interests of the child on the Brussels II ter Regulation”, en *Fundamental rights and best interest of the child in transnational families*, 2019, pp. 265-285.
- A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Editorial Comares, 2019.
- C. CHALAS, “Raison et sentiments en matière d’enlèvement international d’enfant: quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’homme, de la Cour de justice de l’Union européenne de l’Union européenne et de la Cour de cassation?”, *RCDIP*, 2019, pp. 111-126.
- M. DEL C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- A. DEL SER LÓPEZ/D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental : análisis del foro de la ‘residencia habitual del menor’ y estudio de la ‘competencia residual’”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, XLV, 10, 2019, pp. 49-74.
- J. DELGADO SÁEZ, “The right of the child to be heard in parental responsibility proceedings”, en *Plurality and diversity of family relations in Europe*, 2019, pp. 225-236.
- S. FULLI-LEMAIRE, “La prorogation de compétences en matière de responsabilité parentale dans le cadre du règlement Bruxelles II bis”, *RCDIP*, 2019, pp. 457-469
- U.P. GRUBER, “Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern (zu EuGH, 28.6.2018, C-512/17, unten S. 248, Nr. 21)”, *IPRax*, 39, 3, 2019, pp. 217-221.
- C. HONORATI, “La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis?”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 691-713.
- R. LAMONT, “Protecting children’s rights after child abduction: the interaction of the CJEU and ECtHR in interpreting Brussels II bis”, en *Fundamental rights and best interest of the child in transnational families*, 2019, pp. 225-242.
- K. LENAERTS, “Child abduction in the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights”, en *Human rights with a human touch: liber amicorum Paul Lemmens*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 313-331.
- C. THOMALE, “Der gewöhnliche Aufenthalt im europäischen Kindschaftsrecht: Anmerkung zu EuGH 17.10.2018, C-393/18 PPU”, *GPR*, 16, 4, 2019, pp. 173-176.

## Alimentos

- I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Règlement Bruxelles II bis: CJUE, 1re ch., 16 janv. 2019, aff. C-386/17, Stefano Liberato c/ Luminita Luisa Grigorescu: note”, *JDI Clunet*, 146, 4, 2019, pp. 1235-1242.
- M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- N. JOUANT, “La loi applicable à l’action en révision de la pension alimentaire intentée devant les tribunaux de la résidence habituelle du débiteur d’aliments”, *RCDIP*, 2019, pp. 146-159.
- V. LIPP, “Statut des Kindesunterhalts nach Aufenthaltswechsel (zu EuGH, 7.6.2018, C-83/17, KP vs. LO, unten S. 430, Nr. 41)”, *IPRax*, 39, 5, 2019, pp. 400-405.
- L. RASS-MASSON, “Protocole de La Haye du 23 novembre 2007: CJUE, 6e ch., 7 juin 2018, aff. C-83/17”, *JDI Clunet*, 146, 3, 2019, pp. 867-878.

**Sucesión mortis causa**

- H. AMANN, “Fiktion des früheren Erbstatuts unter der Herrschaft der EuErbVO”, *DNotZ*, 118, 5, 2019, pp. 326-345.
- C. BENICKE, “Anpassungsproblematik beim Zusammentreffen deutschen Erbrechts mit englischem Eltern-Kind-Statut (zu OLG München, 10.2.2017, 34 Wx 175/16, unten S. 162, Nr. 16)”, *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 132-140.
- M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *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, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- K. DORTH, *Das Verhältnis von Erbschein und Europäischem Nachlasszeugnis*, Baden-Baden, Nomos, Bern, Stämpfli, München, Beck, 2019.
- A. DUTTA/W. WURMNEST, *European private international law and Member State treaties with third States: the case of European succession regulation*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- C. GRIECO, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- M. HÖRDT, *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*, Berlin, Frank & Timme, Verlag für Wissenschaftliche Literatur, 2019.
- C. KOHLER, “Anmerkungen zur Parteiautonomie im internationalen Familien- und Erbrecht”, en *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 9-25.
- B. KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH in kollisionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren: erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB?”, *GPR*, 16, 4, 2019, pp. 195-200.
- T. KRŪMIŅŠ, “Application of the EU Succession Regulation in practice: the case of Latvia and beyond”, *Journal of Private International Law*, 15, 2, 2019, pp. 365-392.
- L. KUNZ, “Entscheidungen in Erbsachen: zur Rolle der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der EuErbVO aus Sicht des deutschen Erbverfahrensrechts”, *GPR*, 16, 1, 2019, pp. 34-42.
- S. KURTH, “Wechselleben zwischen der spanischen Costa Brava und der ostwestfälischen Provinz: Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Erblassers, der sich in zwei Staaten abwechselnd aufhält (zu OLG Hamm, 2.1.2018, 10 W 35/17, unten S. 151, Nr. 11)”, *IPRax*, 39, 2, 2019, pp. 123-127.
- R. MAGNUS, “Die konkludente Rechtswahl im internationalen Erb- und Familienrecht”, *IPRax*, 39, 1, 2019, pp. 8-16.
- C.F. NORDMEIER, “Die Aufnahme einzelner Nachlassgegenstände in das Europäische Nachlasszeugnis: zum durch den Todesfall bedingten Rechtserwerb und zur Reichweite der Art. 68 lit. l und m EuErbVO (zu OLG Nürnberg, 5.4.2017, 15 W 299/17, unten S. 327, Nr. 31, OLG Nürnberg, 25.4.2017, 15 W 318/17, unten S. 328, Nr. 32 und OLG Nürnberg, 27.10.2017, 15 W 1461/17, unten S. 328, Nr. 33)”, *IPRax*, 39, 4, 2019, pp. 306-312.
- V.T. PROFEHSNER, *Disposition im internationalen Erbrecht: Rechtswahl und parteiautonome Zuständigkeitsbestimmung nach der Europäischen Erbrechtsverordnung unter besonderer Berücksichtigung der beteiligten Interessen*, Berlin, Peter Lang, 2019.
- T. PUIG STOLTENBERG, *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2019.
- C. STREHLKE-VERKÜHLEN, *Der Erbverzicht: eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Betrachtung*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2019.
- R. SÜSS, *Erbrecht in Europa*, Bonn, Zerb, 2019.
- V.T. PROFEHSNER, *Disposition im internationalen Erbrecht: Rechtswahl und parteiautonome Zuständigkeitsbestimmung nach der Europäischen Erbrechtsverordnung unter besonderer Berücksichtigung der beteiligten Interessen*, Berlin, Lang, 2019.
- M. SONNENTAG, “Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels durch den EuGH und ihre Konsequenzen: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 1.3.2018, C-558/16 (Mahnkopf)”, *JZ*, 74, 13, 2019, pp. 657-666.

- K. THORN/C. LASTHAUS, “Rechtsnachfolge in Immobilien unter der Europäischen Erbrechtsverordnung (zu EuGH, 12.10.2017, Rs. C-218/16, Kubicka, unten S. 58, Nr. 4, und OGH, 29.8.2017, 5 Ob 108/17v, unten S. 62, Nr. 5 sowie OGH, 21.12.2017, 5 Ob 186/17i, unten S. 64, Nr. 6)”, *IPRax*, 39, 1, 2019, pp. 24-30.
- F.C. VILLATA, “Predictability first!: fraus legis, overriding mandatory rules and ordre public under EU regulation 650/2012 on succession matters”, *RDIPP*, LV, 4, 2019, pp. 714-738.
- W. WURMNEST/B. WÖSSNER, “Kollisionsrechtliche Staatsverträge mit Drittstaaten in Europa: ein Blick auf die ‘Achillesferse’ der EuErbVO”, *ZVglRWiss*, 118, 4, 2019, pp. 449-483.

# ENSEÑANZA MOTIVADA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XXI: ETHOS, PATHOS Y LOGOS

## MOTIVATED TEACHING OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE 21ST CENTURY: ETHOS, PATHOS AND LOGOS

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 09.06.2021 / Aceptado: 25.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6283>

**Resumen:** El presente trabajo constituye una reflexión sobre las líneas básicas de la enseñanza del Derecho internacional privado en el contexto líquido de la sociedad del siglo XXI. El docente de Derecho internacional privado debe asumir que esta disciplina se entiende mejor cuando se expone de manera sencilla y directa. Debe también estar preparado para explicar las paradojas jurídicas aparentes del Derecho internacional privado y asumir que es necesario estudiar otras ramas del Derecho antes de comenzar a reflexionar sobre el Derecho internacional privado. En tal sentido, el Derecho internacional privado se enseña mejor a través de sus problemas abiertos o nudos problemáticos de Derecho internacional privado. Del mismo modo, la enseñanza del Derecho internacional privado consigue motivar a los estudiantes si se transmite la visión de un Derecho internacional privado que logra resultados justos, que mueve los corazones de las personas y que constituye un discurso intelectual y estéticamente bello.

**Palabras clave:** enseñanza del Derecho internacional privado, paradojas jurídicas, problemas de Derecho internacional privado, ethos, pathos, logos.

**Abstract:** This essay is a reflection on the basic lines of the teaching of private international law in the liquid context of 21st century society. Teachers of private international law must assume that the discipline is best understood when it is presented in a simple and straightforward manner. He or she must also be prepared to explain the apparent legal paradoxes of private international law and to accept that it is necessary to study other branches of law before beginning to reflect on private international law. Private international law is best taught through its open problems. Similarly, the teaching of private international law can motivate students if it conveys the vision of a private international law that achieves fair results, that moves people's hearts and that operates as an intellectually and aesthetically beautiful discourse.

**Keywords:** teaching of private international law, problems of private international law, ethos, pathos, logos, legal paradoxes.

**Sumario:** . Líneas básicas de la enseñanza del Derecho internacional privado en el contexto líquido de la sociedad del siglo XXI. 1. Qué enseñar y cómo enseñar Derecho internacional privado. 2. Contenido y narrativa del Derecho internacional privado. II. Claridad en la exposición y transmisión docente del Derecho internacional privado. 1. Las paradojas jurídicas aparentes del Derecho internacional privado. 2. Bases jurídicas previas para el aprendizaje del Derecho internacional privado. 3. Enseñanza progresiva del Derecho internacional privado y la pirámide de MASLOW. III. Enseñanza reflexiva del Derecho internacional privado. 1. Flexibilidad de pensamiento en Derecho internacional privado. 2. Nudos problemáticos de Derecho internacional privado. Algunos ejemplos. A) Leyes de

policía y partes débiles en la contratación internacional. B) Reglamento Bruselas II-bis y menores con residencia habitual en terceros Estados. C) Falta de prueba voluntaria del Derecho extranjero. 3. Pensamiento divergente y dobles líneas de reflexión de docentes y estudiantes en Derecho internacional privado. IV. Motivación de los estudiantes como herramienta discursiva y Derecho internacional privado. *Ethos, pathos, logos*. 1. Ethos: el Derecho internacional logra resultados justos. 2. Pathos: el Derecho internacional privado mueve los corazones. 3. Logos: el Derecho internacional constituye un discurso intelectual y estéticamente bello. V. Contexto democrático de la enseñanza del Derecho internacional privado. 1. El Derecho internacional privado es un saber argumentativo. 2. Modo constitucional y modo europeo de pensar el Derecho internacional privado. VI. Reflexiones.

## I. Líneas básicas de la enseñanza del Derecho internacional privado en el contexto líquido de la sociedad del siglo XXI

### 1. Qué enseñar y cómo enseñar Derecho internacional privado

1. La primera cuestión que un buen docente de Derecho internacional privado debe tener clara es el objeto de su enseñanza<sup>1</sup>. Es ésta una cuestión común a todas las ramas y sectores del Derecho: delimitar el objeto de la disciplina, materia, contenido o campo temático a enseñar es la primera cuestión<sup>2</sup>. En otras palabras, y por lo que a este trabajo concierne, es preciso que el docente sea consciente de qué es y cómo funciona el Derecho internacional privado que se dispone a enseñar. Es ésta una cuestión crucial sobre la que se han vertido ríos de tinta desde hace casi doscientos años, esto es, desde el momento en el que en las Universidades europeas y norteamericanas arranca un proceso de reflexión sobre la autonomía docente de Derecho internacional privado respecto del derecho internacional público y respecto, también, de otras disciplinas jurídicas integradas en el Derecho Privado<sup>3</sup>. En esencia, cabe afirmar que para enseñar correctamente Derecho internacional privado, el docente debe tener interiorizado, a un nivel muy profundo, qué es el Derecho internacional privado, cuáles son sus fuentes de producción jurídica, cuáles son sus objetivos y cuál es su función. Debe clarificar el objeto de su enseñanza, purgarlo de elementos contaminantes y debe también fijar la posición del Derecho internacional privado en el sistema legal español y europeo. Es el modo de alcanzar estrategia operacional equilibrada en el punto de partida de la docencia del Derecho internacional privado.

2. Es cierto que el concepto de “Derecho internacional privado” ha sido objeto, subraya G. BARILE, de una controversia interminable que no cesa<sup>4</sup>. Como han escrito A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en relación con el Derecho internacional privado se ha discutido todo: su objeto, sus presupuestos, su contenido, su función y, por supuesto, su propia denominación como sector del Derecho<sup>5</sup>. Es

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido 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://proyectoro-maeuropa.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)), dirigido por Javier Carrascosa.

<sup>2</sup> A. CALVO-BERNARDINO / A.C. MINGORANCE-ARNÁIZ, “La estrategia de las universidades frente al Espacio Europeo de Educación Superior”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 20, nº 2, 2009, pp. 319-342; M. MARTÍNEZ MARTÍN / M. VIADER JUNYENT, “Reflexiones sobre aprendizaje y docencia en el actual contexto universitario”, *Revista de Educación*, Nº Extraordinario 1, 2008, pp. 213-234.

<sup>3</sup> Tema que ocupó y preocupó en buena medida a la doctrina italiana de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo XX. *Vid.* P. FOIS, “L’insegnamento del diritto internazionale durante il Novecento”, *RDIPP*, 1992, pp. 17-28; M. MIELE, “Per l’autonomia didattica del diritto internazionale privato”, *Giornale dell’Università*, vol.VI, 1956, núm.2, pp. 55-56; R. DE NOVA, “Ancora per l’autonomia del diritto internazionale privato”, *Giornale dell’Università*, 1957, vol.VII, núm.1, pp. 13-14; R. DE NOVA, “Diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato nell’ordinamento degli studi”, *Diritto Internazionale*, 1959, vol.XIII, pp. 206-209.

<sup>4</sup> G. BARILE, “Diritto internazionale privato”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol.XII, 1964, pp. 1035-1063.

<sup>5</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 83-96.

realmente difícil explicar y exponer y transmitir una disciplina jurídica que duda sobre sí misma, como ya indicaron los clásicos<sup>6</sup>. No es momento ni lugar para reproducir aquí este debate académico. Basta recordar que la “concepción privatista” del Derecho internacional privado es la que cuenta con más consenso académico y legal en todo el mundo. En dicha perspectiva, el Derecho internacional privado debe entenderse como el sector del Derecho que regula las relaciones jurídicas entre particulares en un escenario transfronterizo o multijurisdiccional, escribe J. BASEDOW<sup>7</sup>. Puede, tanto afirmarse que se debe enseñar el Derecho internacional privado en su versión privatista, por su fuerte coherencia científica, por su visión completa de la realidad jurídica de las relaciones legales de los particulares en un contexto internacional, y por el hecho, incontestable de que, hoy día, es la visión que siguen la inmensa mayoría de las legislaciones estatales de Derecho internacional privado en el mundo. En definitiva, y como se ha puesto en otro lugar, la realidad muestra que el Derecho internacional privado constituye un sector del Derecho Privado que responde a una lógica de Derecho Privado: es aquel sector del ordenamiento jurídico que estudia las relaciones jurídicas entre los particulares que se desarrollan en un escenario internacional<sup>8</sup>. Ése es el Derecho internacional privado que hoy debe enseñarse, transmitirse y explicarse.

3. La segunda cuestión a tener en cuenta por un docente de Derecho internacional privado que se preocupe de enseñar correctamente el mejor Derecho internacional privado es la determinación del “cómo enseñar bien Derecho internacional privado”. Una programación funcional sistemática es necesaria. Se trata de concretar, en este momento, cuáles son las líneas básicas que deben presidir la labor de enseñanza del Derecho internacional privado. Los ejes fundamentales y básicos que deben orientar la labor educativa en Derecho internacional privado, -y que no deben confundirse con los objetivos docentes-, pueden condensarse en estos cuatro extremos: (i) claridad y sencillez en la exposición, (ii) reflexión y argumentación jurídica del contenido, (iii) utilidad en el resultado y (iv) creación de un contexto democrático y de un modo de pensar constitucional y europeo del Derecho internacional privado.

4. En el presente estudio se aborda, modestamente, sólo dicho perfil, esto es, las líneas básicas que puede resultar aconsejable seguir para enseñar Derecho internacional privado en la actualidad, esto es, lo que en otros tiempos se denominaba el “método de enseñanza” del Derecho internacional privado. Queda para otro momento el análisis de la función docente de la Universidad y la teoría educativa en el Derecho internacional privado, la precisión del contenido de la enseñanza del Derecho internacional privado, las técnicas y los materiales didácticos a utilizar para la enseñanza del Derecho internacional privado, los objetivos a perseguir en la enseñanza del Derecho internacional privado, la planificación de la evaluación de la disciplina y una reflexión sobre la perspectiva institucional de la docencia del Derecho internacional privado. Todo a su tiempo.

## 2. Contenido y narrativa del Derecho internacional privado

5. En este sentido, resulta importante señalar este momento la gran diferencia que se aprecia entre el contenido de Derecho internacional privado a enseñar y la narrativa del Derecho internacional privado.

El “contenido” del Derecho internacional privado dirige su atención hacia lo que se enseña: las normas, la jurisprudencia, las teorías propias de Derecho internacional privado, la doctrina jurídica propia de esta disciplina jurídica. Es el sistema legal, con todos sus componentes. Es la materia bruta o

<sup>6</sup> P. ARMINJON, “L’objet et la méthode du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.21, 1928, pp. 429-512; D.J. EVRIGENIS, “Tendances doctrinales actuelles en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.118, 1966, pp. 313-432.

<sup>7</sup> J. BASEDOW, «The Law of Open Societies - Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2012, vol. 360, pp. 9-14.

<sup>8</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Granada, Editorial Comares, Colección “Ciencia Jurídica y Derecho Internacional”, Granada, 2021, pp. 2-32.

la materia prima de la docencia del Derecho internacional privado. Es el mármol que se extrae del yacimiento sin una forma definida. Frente a ello, la “narrativa” es una noción que indica cómo se puede y/o se debe enseñarse dicho contenido.

Así, por ejemplo, el art. 9.1 CC es la materia prima, es el contenido. Es un dato normativo objetivo cualquiera que sea el docente que enseña Derecho internacional privado. Ahora bien, el contenido del art. 9.1 CC puede transmitirse de maneras muy diferentes según quien sea el docente, la perspectiva que adopte y el objetivo que persiga. El docente que sabe penetrar en los orígenes, las razones, los motivos y los efectos del art. 9.1 CC es el docente que enseña un buen Derecho internacional privado. Es el jurista que sabe motivar a sus estudiantes. El docente que muestra los grandes beneficios de ese precepto legal para la vida de millones de personas, la belleza intelectual de su construcción y la historia que atesora en su interior el art. 9.1 CC es el docente que es capaz de hacer arte, porque el arte descansa en la narrativa, no en el contenido, precisa J. SUTHERLAND<sup>9</sup>. El art. 9.1 CC no es una pieza de museo, sino una norma de conflicto de leyes que recoge un punto de conexión, la nacionalidad de la persona física que, con frecuencia, comporta grandes beneficios para los sujetos que despliegan una vida transfronteriza, recuerdan J. BASEDOW y A.V.M. STRUYCKEN<sup>10</sup>. La narrativa que acompaña al art. 9.1 CC y a la aplicación de la Ley nacional al llamado “estatuto personal” es más atractiva que el contenido mismo del precepto, como muestra el sugerente curso de F. SALERNO<sup>11</sup>. En muchos casos, el art. 9.1 CC permite que las personas superen las fronteras estatales sin obstáculos jurídicos, lo que se traduce en una vida más fluida y mejor para las mismas, indica A. VETTOREL<sup>12</sup>.

## II. Claridad en la exposición y transmisión docente del Derecho internacional privado

### 1. Las paradojas jurídicas aparentes del Derecho internacional privado

6. El Derecho internacional privado es un sector del ordenamiento jurídico que presenta argumentos, nociones y expresiones particularmente complejas y de elevado nivel técnico. Y no sólo eso. En efecto, también en esta óptica, el Derecho internacional privado provoca las conocidas como “paradojas jurídicas aparentes”, resultados legales que parecen imposibles en Derecho pero que, como es evidente, suceden, acontecen y ocurren, pues son perfectamente posibles. Así lo demuestra la realidad.

No es sencillo explicar a los estudiantes neófitos e incluso a juristas ya formados pero no versados en conocimientos sofisticados de Derecho internacional privado, por ejemplo, que una persona puede estar casada para el Derecho español pero divorciada para el Derecho inglés<sup>13</sup>. Legalmente casada según el Derecho de Marruecos con dos personas pero casada, según el Derecho italiano, con sólo una de ellas, subraya C. CAMPIGLIO<sup>14</sup>.

No resulta fácil tampoco hacer comprender al jurista que una prenda mobiliaria puede dejar de existir y de producir los efectos jurídicos que le son propios si el bien sobre el que la prenda recae se traslada desde el Estado donde se ha constituido la garantía a otro Estado distinto, como expone Z. CRESPI REGHIZZI<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> J. SUTHERLAND, *Cincuenta cosas que hay que saber sobre Literatura*, Ariel, Barcelona, 2011, pp. 36-37.

<sup>10</sup> J. BASEDOW, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union”, *IPRax*, 2011-II, pp. 109-115; = A.V.M. STRUYCKEN, “State nationality and religious family law: some notes”, *NILR*, 65, 3, 2018, pp. 481-496.

<sup>11</sup> F. SALERNO, “The identity and continuity of personal status in contemporary Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 395, 2019, pp. 9-198.

<sup>12</sup> A. VETTOREL, «La continuità transnazionale dell’identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kissmoun», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 341-358.

<sup>13</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Casados en un país, divorciados en otro. La vida es tan relativa...”, en <http://accursio.com/blog/?p=1091>, 25 abril 2020.

<sup>14</sup> C. CAMPIGLIO, “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1990, vol. XXVI, pp. 853-908.

<sup>15</sup> Z. CRESPI REGHIZZI, *Lex rei sitae e disciplina delle garanzie mobiliari nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 8-17.

Incluso más allá, en el plano ontológico-jurídico, el Derecho internacional privado hace temblar los cimientos del discurso legal al provocar la duda sobre el significado de conceptos básicos en Derecho. Así, un bien físico puede ser considerado „mueble“ en Francia pero „inmueble“ en España. Del mismo modo, en Derecho internacional privado, una persona puede tener unos apellidos para el Derecho turco y otros bien distintos en Derecho español. De ese modo la persona se diluye, se hace líquida, es una persona que, en realidad, son dos personas. La personalidad jurídica de un ser humano se divide y nacen dos personas porque el Derecho internacional privado es así. En ocasiones, puede evitarse ese resultado bipolar, escriben F. JAULT-SESEKE / É. PATAUT, pero otras veces constituye un resultado inevitable<sup>16</sup>.

El *Forum Shopping* es también un caso de “paradoja aparente” del Derecho internacional privado cuya explicación a los juristas noveles no resulta sencilla. Y es que no es fácil explicar y asumir que un mismo supuesto de Derecho internacional privado dispone de un régimen jurídico diferente según cuál sea el Estado cuyos tribunales y/o autoridades conocen del mismo. Sin embargo, debe aceptarse, con M. CHECA MARTÍNEZ, que es así, precisamente así porque, en realidad, el *Forum Shopping* es un fenómeno natural, consecuencia ineludible del hecho, innegable, de un mundo físico dividido en Estados que cuenta cada uno de ellos con su propia organización judicial y con su propia legislación material y sus propias normas de Derecho internacional privado<sup>17</sup>. Existen objetivos que todos los Estados comparten, explica M. LEHMANN, y que por ello pueden implementarse a través de normas uniformes internacionales, pero existen otros que conservan un “aura nacional”<sup>18</sup>. Es ahí donde florece el *Forum Shopping*. Un fenómeno que, aunque se ha mirado mal, presenta elementos positivos, escribe F. FERRARI<sup>19</sup>. Entre ellos se cuenta su potencial en la lucha contra el etnocentrismo e incluso su relativización del legeforismo, apunta J. SCHACHERREITER<sup>20</sup>.

## 2. Bases jurídicas previas para el aprendizaje del Derecho internacional privado

7. Por otro lado, es el Derecho internacional privado un sector del ordenamiento que exige un conocimiento profundo previo, cuanto menos, del Derecho Civil, mercantil, procesal y laboral. Por eso el Derecho internacional privado es una buena excusa para explorar los pequeños secretos de otras ramas del Derecho, escriben M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE<sup>21</sup>. Exige también el manejo de ciertas dosis de Derecho material extranjero, una destreza, indica C. KOHLER, en el Derecho comparado<sup>22</sup>. Estudios éstos que no constituyen mera especulación, sino que otorgan al Derecho internacional

<sup>16</sup> F. JAULT-SESEKE/É. PATAUT, “Le citoyen européen et son nom”, en B. HESS / E. JAYME / H.-P. MANSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 371-384.

<sup>17</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, “Fundamentos y límites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1998, n.3, pp. 521-556. También muy bien explicado con referencias jurisprudenciales españolas en Y. ROMERO MATUTE, “Fraude de Ley y *Forum Shopping* en los estrados del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 137-152.

<sup>18</sup> M. LEHMANN, “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 1-30.

<sup>19</sup> F. FERRARI, „Forum Shopping despite Unification of Law“, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.21, 2021, pp. 1-336. Antes ya en F. FERRARI, „Forum shopping: pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs“, *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 85-105.

<sup>20</sup> J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung - Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013.II, pp. 272-299. También J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung -- Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

<sup>21</sup> M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. XXV: «Finalement, le droit international privé n'est pas simplement l'instrument qui permet de surmonter les difficultés suscitées par le «phénomène de la frontière». C'est également un bon moyen de pénétrer les petits secrets des autres branches du droit».

<sup>22</sup> C. KOHLER, “Gelebte Rechtsvergleichung am EuGH: europäisches Kollisionsrecht in Theorie und Praxis”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 27, 2, 2019, pp. 337-357. en similar sentido, L. REED, “Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom”, *RabelsZ.*, 2018-3, pp. 563-575.

privado, como sostiene N. MARCHAL ESCALONA, un marcado nivel de realismo<sup>23</sup>. En efecto, una implementación logística paralela permite descubrir, por ejemplo, que la norma de conflicto de leyes adquiere todo su significado si el estudiante conoce el resultado al que dicha norma puede conducir. También ayuda sobremanera interiorizar unas ideas claras sobre las relaciones entre el Derecho internacional Público y el Derecho europeo con el Derecho internacional privado. Sin dichas bases jurídicas previas no se entiende bien el Derecho internacional privado y tampoco se enseña correctamente.

### 3. Enseñanza progresiva del Derecho internacional privado y la pirámide de MASLOW

8. La complejidad técnica y axiológica del Derecho internacional privado a la que se ha hecho referencia requiere que el docente del Derecho internacional privado se esfuerce al máximo por exponer la argumentación de que se trate del modo más sencillo y claro posible. Por pasos y por grados, de lo más sencillo a lo más complejo, una enseñanza progresiva. En una aplicación intelectual y docente de la pirámide de MASLOW, ello supone, para el Derecho internacional privado, “avanzar por estadios en la escalera del Derecho”: de lo básico a lo sofisticado. A tal efecto es preciso subrayar ciertos datos previos que impulsan una enseñanza del Derecho internacional privado guiada por una idea de flexibilidad direccional coordinada.

9. En primer término, el docente debe proceder a una intensa preparación de la enseñanza del Derecho internacional privado. La rigurosidad y síntesis en la exposición de los resultados de la investigación constituye dos extremos que requieren una labor previa de estudio, sistematización y clarificación por parte del docente que es altamente exigente consigo mismo.

10. En segundo lugar, en la exposición y transmisión de los conocimientos de Derecho internacional privado, el docente debe renunciar a buena parte de su bagaje científico personal. Ese “equipaje intelectual refinado”, que habrá servido al docente, sin duda, para preparar la exposición y sintetizar los resultados, es conveniente mantenerlo aislado para que no oscurezca los resultados del estudio y su transmisión a los juristas que hacen sus primeras armas en el Derecho internacional privado. Se trata, en todo caso, de una mera renuncia externa en aras de la claridad y sencillez de la enseñanza del Derecho internacional privado. Las aguas corren siempre por debajo de la superficie y son las que hacen que la tierra fructifique.

## III. Enseñanza reflexiva del Derecho internacional privado

### 1. Flexibilidad de pensamiento en Derecho internacional privado

11. La reflexión subjetiva que debe transmitir el docente del Derecho internacional privado constituye un importante elemento que debe presidir, igualmente, la labor didáctica del mismo. El profesor de Derecho internacional privado debe “pensar lo estudiado”, transmitir su fundada opinión de experto en Derecho internacional privado a los estudiantes y no comunicar un vagón que rebosa de interminables datos legales, fechas de sentencias, extraños y a veces impronunciables nombres de casos fallados por tribunales españoles y extranjeros y abstrusas teorías muchas veces oscuras debidas a estudiosos esotéricos del Derecho internacional privado. Con ello se consigue que los estudiantes tomen también partido en relación con ciertos puntos polémicos del Derecho internacional privado,

---

<sup>23</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “La importancia del Derecho comparado en la enseñanza del Derecho internacional privado”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (directoras), *Innovación docente y Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2019, pp. 35-52. También M.A. CEBRIÁN SALVAT, “«Case method» y «case study method»: experiencias de aplicación en un sistema de base legal”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (directoras), *Innovación docente y Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2019, pp. 159-171.

que asuman que ciertos aspectos de la disciplina no son pacíficos y que varios puntos de vista, teorías o posiciones, pueden tener argumentos a su favor.

## 2. Nudos problemáticos de Derecho internacional privado. Algunos ejemplos.

12. El Derecho internacional privado se encuentra lleno de “nudos problemáticos”. Se trata de aquellos “elementos clave” que permiten desarrollar una enseñanza reflexiva del mismo y que, precisamente por ello, hacen crecer las capacidades argumentativas de los estudiantes. Tres ejemplos, de entre los muchos existentes, bastarán para poner de relieve la utilidad de una enseñanza reflexiva del Derecho internacional privado construida sobre los nudos problemáticos de esta disciplina jurídica, una enseñanza que se edifica sobre los problemas y no los evita, en las palabras de E.J. WOOD<sup>24</sup>.

### A) Leyes de policía y partes débiles en la contratación internacional

13. En primer lugar, puede destacarse la discusión interminable en torno a la cuestión de saber si las llamadas “leyes de policía” pueden aplicarse a un contrato internacional a través del art. 9 RR-I con el objetivo de proteger a personas o colectivos que disponen de un poder de negociación limitado o que se encuentran en situación de debilidad contractual. Este dilema constituye un debate abierto en el que varias posturas se han mantenido.

14. Recuerda H. KENFACK que el art. 7 CR había planteado la severa duda de saber si en el concepto de “Leyes de policía” debía cubrir tanto las “normas de dirección”, como las “normas de protección”<sup>25</sup>. Las “normas de dirección” son aquéllas que protegen intereses generales o públicos, explica J. BASEDOW<sup>26</sup>. Son normas dictadas “con criterios de Derecho Público”, normas que persiguen un objetivo económico-político, como desveló I. GUARDÁNS<sup>27</sup>. Por el contrario, las llamadas “normas de protección” son las que protegen la situación jurídica de ciertas personas o colectivos que se encuentran en una “posición contractual débil”, como los trabajadores, consumidores, asegurados, agentes comerciales, etc., y que tratan de “reestablecer el equilibrio” entre los contratantes. El debate generado en torno a la cuestión y que giraba sobre la base normativa del art. 7 CR no tuvo un vencedor claro. Ambas posturas parecían perfectamente sostenibles.

15. Más allá del Convenio de Roma de 19 junio 1980, y superado este texto legal, el concepto legal ahora proporcionado por el art. 9.1 RR-I deja claro, de modo radical y definitivo, que a efectos del Reglamento Roma I, las “Leyes de policía” son, exclusivamente, las conocidas como “normas de dirección”, como ya había defendido un sector autorizado de la doctrina y significativamente, la jurisprudencia alemana (sent. BGH 19 marzo 1997)<sup>28</sup>. El Cons. (37) RR-I así lo confirma al indicar que las leyes de policía se basan en “consideraciones de interés público”. Sin embargo, lo que parece transparente puede no serlo tanto, porque la clarificación aportada por el citado Considerando puede, a su vez, matizarse. El debate continúa, el nudo problemático mantiene su carácter aporético.

<sup>24</sup> E.J. WOOD, *Problem-Based Learning: Exploiting Knowledge of How People Learn to Promote Effective Learning*, Leeds, Gran Bretaña, School of Biochemistry & Molecular Biology, 2004, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.3108/beej.2004.03000006?scroll=top&needAccess=true>.

<sup>25</sup> H. KENFACK, «Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles («Rome I»), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *JDI Clunet*, 2009, pp. 2-39.

<sup>26</sup> J. BASEDOW, “European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation – A Matter of Coordination”, en AA.VV., *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Munich, Sellier, 2006, pp. 13-24.

<sup>27</sup> I. GUARDÁNS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 299-301.

<sup>28</sup> M. AUDIT, «Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 581-602; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

**16.** Todas las normas jurídicas persiguen un objetivo social porque todas ellas apuntan a una determinada ordenación de la sociedad. En tal sentido, todas las normas de Derecho Privado muestran un sesgo social. Todas ellas tratan de introducir un orden en la sociedad. Así, el art. 1171 CC concreta, en Derecho español, cuál es el lugar donde debe realizarse el pago. El objetivo social de dicha disposición es mantener la paz entre los particulares, esto es, que las partes no entren en controversia sobre cuál es el lugar del pago. Ahora bien, al mismo tiempo, las normas de Derecho Privado persiguen satisfacer intereses particulares, el interés de las partes. Así, el art. 1171 CC entiende que, para las partes, lo más adecuado es que el pago se efectúe allí donde se pactó, y en su defecto, allí donde está la cosa y en otro caso, en el lugar del domicilio del deudor, que es el sujeto que debe realizar el pago. Estas soluciones persiguen beneficiar a ambas partes para que el pago se realice al menor coste posible para ambas. El art. 1171 CC presenta una “carga social débil” y una “carga privada fuerte”. En realidad, al Estado, -al Estado español, en este caso-, le resulta indiferente que el lugar del pago sea el domicilio del deudor o el domicilio del acreedor. Por ello, puede afirmarse que el art. 1171 CC no constituye una “*disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica*”. La mayor parte de las normas de Derecho Privado disponen de una carga social reducida y por ello, no pueden considerarse “leyes de policía” en el sentido del art. 9 RR-I. Debe indicarse, además, que las normas jurídicas de Derecho dispositivo no pueden, en ningún caso, considerarse leyes de policía. En efecto, si son normas que los contratantes pueden derogar en sus relaciones contractuales y sustituirlas por sus propias reglas diseñadas “a medida”, ello significa que tales normas no son esenciales para la salvaguardia de los intereses públicos del Estado que las ha dictado.

**17.** Las normas que protegen a consumidores, trabajadores, agentes, asegurados y otros colectivos y/o personas situadas en “posición contractual débil” son normas de Derecho Privado cuya misión es, precisamente, reestablecer el equilibrio entre las partes en el contrato. Estas normas no buscan, en principio, defender los intereses estatales o públicos. Por tanto, la protección jurídica de estos colectivos (= partes débiles de la relación jurídica) no se puede llevar a cabo, como había sostenido la jurisprudencia francesa, a través del hoy art. 9 RR-I (sent. Cour Cass. Francia 23 mayo 2006)<sup>29</sup>. Tales sujetos se protegen, exclusivamente, en su caso, a través de ciertas normas de conflicto específicas, que para eso están contenidas en el mismo Reglamento Roma I. Así, la protección del consumidor se alcanza a través de los mecanismos previstos en el art. 6 RR-I, y la protección contractual de los trabajadores se lleva a término a través de lo estipulado en el art. 8 RR-I. Ésta es, sostiene correctamente J. BASEDOW, la regla general en el Reglamento Roma I<sup>30</sup>.

**18.** En casos de contratantes situados en el mismo nivel de poder negociador (= no hay “contratante débil”), la protección de la posición jurídica de los contratantes se lleva a cabo a través de la *Lex Contractus* (Sent. Trib. Rovereto Italia 15 marzo 2007 [*liquidated damages* y Derecho inglés])<sup>31</sup>. Es el caso típico de los contratos entre profesionales del comercio internacional, aunque se trata de una empresa minorista y de una empresa multinacional.

**19.** En el supuesto de contratantes situados en posiciones contractuales más débiles pero que no disponen de una protección en el Reglamento Roma I a través de una norma de conflicto específica, surgen ciertos contrastes valorativos. Es, notoriamente, el caso de los agentes comerciales. Pues bien, en estos supuestos, no es posible extender la aplicación de la normativa de un Estado miembro cuya función exclusiva es proteger a tales personas y colectivos, “contratantes débiles” como son los agentes comerciales, frente al poder negociador y de mercado de los otros “contratantes fuertes”, como son los comitentes o principales. Es también, recuerda M.A. CEBRIÁN SALVAT, el caso de los pequeños comercios minoristas que contratan con el gran fabricante, el caso del gran distribuidor que contrata con el pequeño

<sup>29</sup> Sent. Cour Cass. Francia 23 mayo 2006, *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 537-543.

<sup>30</sup> J. BASEDOW, «The Law of Open Societies - Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *RCADI*, 2012, vol. 360, pp. 9-516, esp. pp. 299-301.

<sup>31</sup> Sent. Trib. Rovereto (Italia) 15 marzo 2007, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 179.

productor o el caso de la gran empresa franquiciadora que contrata con un pequeño comercio franquiciado<sup>32</sup>. La protección de estos sujetos se lleva a cabo a nivel de segundo escalón, esto es, a través de la Ley sustantiva que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma I.

**20.** Ahora bien, es posible que, como mantiene A. BONOMI, para un Estado concreto, sus normas que protegen a consumidores, trabajadores, agentes, etc. presenten un valor crucial en la ordenación de la sociedad<sup>33</sup>. Por ejemplo, en un Estado con un mercado laboral poco estructurado en el que los empresarios tienden a utilizar masivamente contratos temporales y a despedir y contratar continuamente a los mismos trabajadores, las normas sobre despido adquieren una importancia social estructural de primer orden. Del mismo modo, en un Estado con un mercado inmobiliario que funciona, en su mayoría, al margen de la ley, las normas de defensa de la posición jurídica del inquilino también pueden resultar fundamentales para la ordenación social. Por tanto, cuando los tribunales estiman que las normas de protección de ciertos contratantes específicos son normas cruciales para la defensa de los intereses públicos, de la organización política, social o económica de un Estado, las califican como leyes de policía y las aplican al contrato incluso en el caso de contratantes débiles ya protegidos a través de los arts. 6 y 8 RR-I. Se trata de normas con “propósitos amalgamados”, escribe J. BASEDOW<sup>34</sup>. Normas que, al mismo tiempo, sirven al bien colectivo y par a la protección de personas en situaciones de vulnerabilidad. Así, la STSJ Madrid CA de 30 octubre 2013 [transporte aéreo y consumidores] señala que la Constitución española impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la defensa de los consumidores, y que tal previsión constituye “*un principio rector de la política y social de nuestro Estado*”, por lo que entiende “*que la normativa española de defensa de consumidores y usuarios debe configurarse como norma de policía*”<sup>35</sup>. El TJUE ha indicado que incumbe al juez nacional, a la hora de apreciar el carácter de ‘ley de policía’ de una norma, tener en cuenta “*no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate*”. Es decir, una norma jurídica puede proteger a personas concretas (= consumidores, trabajadores, agentes comerciales) pero deberá ser considerada como una “ley de policía” si esa misma norma protege y defiende, también, objetivos supraindividuales, intereses generales y públicos (STJCE Sala Quinta 9 noviembre 2000, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*, STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar*, FD 50)<sup>36</sup>. En todo caso, el art. 9 RR-I es una excepción al sistema general de determinación de la Ley del contrato y está sujeto, siempre, a una interpretación restrictiva.

**21.** Cuestión muy distinta es la relativa a la aplicación unilateral de la normativa sustantiva de un Estado miembro de la UE que desarrolla la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 diciembre 1986 [coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes]<sup>37</sup>. El objetivo fundamental de dicha normativa europea no es elevar la protección jurídica del agente frente al poderdante, sino dotar a todos los Estados miembros de una regulación armonizada del contrato de agencia. Así se extrae del Considerando segundo de la Directiva que se refiere al objetivo de eliminar las “*diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial*”

<sup>32</sup> M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia en Derecho internacional privado europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2018, esp. pp. 99-101.

<sup>33</sup> A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional, XX Jornadas AEPDIRI*, Madrid, 2005, pp. 223-237.

<sup>34</sup> J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 2000, pp. 11-26.

<sup>35</sup> STSJ Madrid CA de 30 octubre 2013 [ECLI:ES:TSJM:2013:16236].

<sup>36</sup> STJCE Sala Quinta 9 noviembre 2000, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*, *Recopilación*, 2000, p. I-09305. Texto en = <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45788&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=246254>. STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar NV vs. Navigation Maritime Bulgare*. [ECLI:EU:C:2013:663].

<sup>37</sup> Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE L 382, de 31 diciembre 1986).

a fin de que no perjudiquen “*el establecimiento y el funcionamiento de los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial establecidos en diferentes Estados miembros*”. De ese modo, los poderdantes radicados en un Estado miembro A no preferirán comerciar en un Estado miembro B y no en otro C por la razón de que el régimen jurídico del contrato de agencia les resulta más favorable en el Estado miembro B que en el Estado miembro C. Pues bien, dicha normativa nacional de un Estado miembro, en la medida en la que proteja un interés esencial de dicho Estado miembro, puede aplicarse a un contrato internacional de agencia a título de “ley de policía”. Esto es, para defender intereses estatales, públicos, generales (= homogeneidad legal del mercado), no para defender la posición jurídica del agente frente al poderdante.

Esta perspectiva la confirma la STJUE 9 noviembre 2000, C-381/98, *Ingmar*, así como la STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar*, FD 36 y 37: “*el objetivo de la Directiva 86/653 es armonizar el Derecho de los Estados miembros en materia de relaciones jurídicas entre las partes en un contrato de agencia comercial*”, y no “proteger al agente frente al principal” del mismo modo que se protege a un consumidor frente a un empresario. Por tanto, un tribunal de un Estado miembro A puede aplicar la normativa nacional que regula el contrato de agencia en dicho Estado miembro A en desarrollo de la Directiva 86/653/CEE, pero no para proteger al agente comercial frente al poderdante, sino porque considera que las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, en el caso concreto, defienden un interés crucial y general que consiste en otorgar al agente comercial una protección jurídica más amplia que la protección prevista en la Directiva (STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar*, FD 52)<sup>38</sup>.

**22.** En este sentido, el experto, estudioso y docente de Derecho internacional privado, no debe escatimar el carácter problemático de la calificación de una normativa estatal como “Ley de policía” en el caso de que proteja a sujetos concretos. Es un problema no resuelto que admite matices de gran importancia. Para enseñar correctamente Derecho internacional privado es preciso que el docente reflexione sobre los nudos problemáticos del mismo antes de enseñar. Es preciso que tal docente proceda “pensar lo estudiado”, “reflexionar el debate jurídico de Derecho internacional privado”, antes de transmitirlo a los estudiantes, de modo que no sólo transmite conocimientos legales sino que transmite una cuidada reflexión jurídica. Al hacerlo de este modo, el docente de Derecho internacional privado no comunica confusión ni tampoco una “batalla de teorías”, sino que traslada a los estudiantes el arte de la argumentación en Derecho internacional privado.

## **B) Reglamento Bruselas II-bis y menores con residencia habitual en terceros Estados**

**23.** Un segundo ejemplo denudo problemático útil para enseñar el mejor Derecho internacional privado puede encontrarse en la precisión del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II-bis en relación con los menores que poseen su residencia habitual en terceros Estados y progenitores que se divorcian ante tribunales de un Estado miembro. Cuando el sujeto menor de edad según su Ley nacional

---

<sup>38</sup> STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar NV vs. Navigation Maritime Bulgare* [ECLI:EU:C:2013:663], FD 52: “... los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”. Y también FD 36 y 37: “El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que el objetivo de la Directiva 86/653 es armonizar el Derecho de los Estados miembros en materia de relaciones jurídicas entre las partes en un contrato de agencia comercial (...). En efecto, del segundo considerando de dicha Directiva resulta que las medidas de armonización establecidas en ésta tienen como finalidad, entre otras, suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales”.

(art. 9.1 CC) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental se determinará, exclusivamente, con arreglo a los foros recogidos en el Reglamento Bruselas II-bis. Hasta aquí la regla aparece meridianamente clara y así se puede seguir en transparente jurisprudencia (muy correctamente: SAP Zaragoza 20 abril 2012 [menores marroquíes]; con error: AAP Murcia 25 junio 2019 [sentencia de divorcio dictada en Marruecos]). En dicho supuesto, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños] resulta totalmente inaplicable a la cuestión (art. 61.a RB II-bis) (AAP Barcelona 17 julio 2019 [menor con residencia en Barcelona]; AAP Barcelona 16 abril 2018 [menores con residencia en Ecuador]; AAP Barcelona 17 mayo 2016 [menor con residencia en República Dominicana]). El art. 22 LOPJ resulta también totalmente inaplicable a este supuesto (muy bien: AAP Baleares 25 marzo 2019 [menor residente en Alemania]; con error y confusión: SAP Girona 18 febrero 2011 [custodia de menores])<sup>39</sup>.

**24.** Si el menor no tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la UE pero sí la tiene en un Estado parte en el Convenio de La Haya de 1996, entonces la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de asuntos relativos a la responsabilidad parental de los menores se decide con arreglo al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños]<sup>40</sup>. Así lo señala la jurisprudencia (SAP Barcelona 28 noviembre 2018 [menores trasladados a Méjico]; AAP Barcelona 16 abril 2018 [menores con residencia en Ecuador]; AAP Barcelona 17 mayo 2016 [menor con residencia en República Dominicana]; SAP Barcelona 10 abril 2015 [menor con residencia habitual en Ecuador]; SAP Madrid 18 junio 2013 [menor con residencia habitual en Méjico])<sup>41</sup>.

**25.** Los problemas aparecen como las amapolas en primavera cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es miembro de la UE ni parte en el Convenio de La Haya de 1996. Así lo ha destacado la doctrina, como ponen de relieve los trabajos de M.C. BARUFFI y S. FULL-LEMAIRE<sup>42</sup>. En este caso, el legislador no es preciso y la confusión total, la incerteza jurídica y el caos absoluto reinan por todas partes. Comienza la aporía y se confirma que el legislador no es perfecto y a veces, con frecuencia, ni siquiera es buen jurista.

En primer término, con arreglo al art. 61.a RB II-bis, el Reglamento Bruselas II-bis no puede aplicarse.

En segundo lugar, con arreglo al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, texto que no se aplica sólo a los menores cuya residencia habitual se encuentra en un Estado parte en dicho convenio, debe aplicarse el citado Convenio de La Haya.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, el art. 12.4 RB II-bis, en palmaria contradicción con el art. 61.a RB II-bis, precisa que el foro contenido en dicho precepto legal puede aplicarse a un menor que tiene su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea Estado parte en el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 (SAP León 6 septiembre 2017 [menor con residencia habitual en Senegal])<sup>43</sup>. Por tanto, en estos casos es preciso afirmar que el art. 12.4 RB II-bis es aplicable al menor con residencia

<sup>39</sup> SAP Zaragoza 20 abril 2012 [CENDOJ 50297370022012100172]; AAP Murcia 25 junio 2019 [ECLI:ES:APMU:2019:392A]; AAP Barcelona 17 julio 2019 [ECLI:ES:APB:2019:5742A]; AAP Barcelona 16 abril 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1367A]; SAP Barcelona 17 mayo 2016 [CENDOJ 08019370182016100381]; AAP Baleares 25 marzo 2019 [ECLI:ES:APIB:2019:127A]; SAP Girona 18 febrero 2011 [CENDOJ 17079370022011100021].

<sup>40</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 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010).

<sup>41</sup> SAP Barcelona 28 noviembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:12248]; AAP Barcelona 16 abril 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1367A]; SAP Barcelona 17 mayo 2016 [CENDOJ 08019370182016100381]; SAP Barcelona 10 abril 2015 [CENDOJ 08019370122015100240]; SAP Madrid 18 junio 2013 [CENDOJ 28079370242013100326].

<sup>42</sup> M.C. BARUFFI, "La riforma del Regolamento Bruxelles II bis e la tutela dell'interesse superiore del minore", en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1087-1092; M.C. BARUFFI, "A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases", *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 385-420; S. FULL-LEMAIRE, "La prorogation de compétence en matière de responsabilité parentale dans le cadre du règlement Bruxelles II bis", *Revue critique de droit international privé*, 2019-II, pp. 457-469.

<sup>43</sup> SAP León 6 septiembre 2017 [ECLI:ES:APLE:2017:857].

habitual en un tercer Estado que no es Estado miembro ni Estado parte en el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996, pues se trata de *lex specialis* respecto del art. 61 RB II-bis. Ahora bien, si el art. 12.4 RB II-bis no otorga competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro, lo cual es perfectamente posible, especialmente en el caso de que los titulares de la responsabilidad parental no lleguen a alcanzar un “acuerdo de elección de tribunal”, resultará aplicable el Convenio de La Haya citado y si éste tampoco otorga competencia a los tribunales españoles, se recurrirá al art. 22 LOPJ (AAP Barcelona 16 octubre 2019 [menores con residencia en Bolivia]; SAP Barcelona 5 noviembre 2019 [divorcio y menores con residencia en India])<sup>44</sup>.

### C) Falta de prueba voluntaria del Derecho extranjero

26. En tercer lugar, un ejemplo clásico de nudo problemático de Derecho de internacional es el relativo a la determinación del Derecho aplicable y de la postura procesal correcta cuando las partes, han podido acreditar el contenido del Derecho extranjero aplicable a tenor de las normas de conflicto europeas o españolas de las que se trata, pero no lo han hecho y adoptan una postura pasiva sobre el particular. El supuesto no requiere explicaciones muy detalladas, pues se trata de un nudo problemático clásico en Derecho internacional privado español que dura más de cien años ya. Es sabido que cuando la norma de conflicto indica que un supuesto debe regirse por un Derecho extranjero, es éste y no otro, el Derecho estatal el que debe aplicarse al caso. Ahora bien, la LEC 1/2000 guarda silencio en el caso en el que las partes argumentan sus posiciones sobre el Derecho español y no alegan y/o no prueban, de modo satisfactorio, o en modo alguno, el Derecho extranjero, habiendo podido hacerlo. Ante este silencio legal de la LEC 1/2000 se han forjado diversas tesis en doctrina y jurisprudencia. Dos de ellas presentan un claro encaje constitucional y cuentan con apoyos más o menos solventes en la jurisprudencia y en la doctrina<sup>45</sup>. Así, tanto la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español como la tesis de la desestimación de la demanda son defendibles. El debate no está en absoluto cerrado tras la entrada en escena del art. 33.3 LCJIMC que se ocupa, como ha observado A.-L. CALVO CARAVACA, en realidad de otro supuesto distinto, el caso en el que las partes no pueden, materialmente, probar un Derecho extranjero, por circunstancias que se hallan más allá de su esfera de control y posibilidades<sup>46</sup>.

27. La tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español viene apoyada por ciertos autores que defienden que el sistema español de Derecho internacional privado debe operar como un *Fakultatives Kollisionsrecht*, como M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>47</sup>. Estos autores sostienen que la Ley aplicable a una situación privada internacional es la Ley sustantiva española, a menos que las partes prueben el Derecho extranjero al que remiten las normas de conflicto europeas o españolas. Estos autores afirman que el Derecho extranjero sólo se aplica si las partes lo hacen valer y lo prueban, pero tales partes son libres de prescindir de las normas de conflicto españolas y de indicar al tribunal que desean que el litigio se rija por el Derecho sustantivo español. Aunque el TS se ha ma-

<sup>44</sup> AAPBarcelona16octubre2019[ECLI:ES:APB:2019:7771A];SAPBarcelona5noviembre2019[ECLI:ES:APB:2019:13078].

<sup>45</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, pp. 133-156; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho extranjero y el TS: la Sala de lo Social contrataca”, *AEDIP*, 2002, pp. 103-114; A.-L. CALVO CARAVACA, “Alegación del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 663-686; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Carga de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 713-743; A.-L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, pp. 133-156.

<sup>46</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, pp. 133-156.

<sup>47</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 5ª ed., 2019, p. 238; M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 303-309.

nifestado desde hace más de cien años a favor de esta solución, el TC nunca ha afirmado que la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero sea la única tesis que encaja con la tutela judicial efectiva constitucional (art. 24 CE). En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, el tribunal debe pronunciarse sobre el fondo del asunto. Esta exigencia deriva de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Las partes tienen derecho a una resolución judicial que resuelva el fondo del litigio. El tribunal dispone de dos opciones que se ajustan perfectamente a la tutela judicial efectiva.

**28.** Según el Tribunal Constitucional, en efecto, es posible seguir una de estas dos opciones, ambas constitucionalmente ajustadas, pues ambas suponen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

La primera opción consiste en aplicar el Derecho material español, tal y como indica la Sala Primera del TS, y solventar el pleito mediante la aplicación de las normas sustantivas españolas.

La segunda opción radica en desestimar la pretensión de la parte que debió probar el Derecho extranjero. En efecto: la desestimación de la demanda es una respuesta plenamente fundada y motivada, pues toda demanda cuyo fundamento jurídico sea irreal, inexistente o incorrecto, debe ser desestimada (ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004 y Voto Particular a la STS, Social, 4 noviembre 2004, SAP Castellón 15 julio 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes])<sup>48</sup>. Eso sí, en el caso de que resulte aplicable un Derecho extranjero y éste no se prueba por la parte, si el tribunal desestima la demanda, debe fundamentar o justificar dicha decisión desestimatoria de las pretensiones (STC 155/2001 de 2 julio 2001)<sup>49</sup>. Sin embargo, es ésta una respuesta constitucional a la falta de prueba del Derecho extranjero por las partes.

El art. 24 CE exige que el tribunal dicte una sentencia sobre el fondo del asunto pese a que no se haya probado el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto. Ello implica que el tribunal no puede recurrir a ninguna de las siguientes opciones: (a) El tribunal no puede, ante la falta de prueba del Derecho extranjero por las partes, proceder a una mera “inadmisión de la demanda”; (b) El tribunal tampoco puede dejar de pronunciarse sobre el fondo cuando la parte demandante debe fundar dicha demanda en un Derecho extranjero y no lo hace (STC 33/2002 de 11 febrero 2002)<sup>50</sup>. En este caso, la demanda debe admitirse y si el Derecho extranjero no se prueba, el tribunal debe resolver el fondo del asunto, bien mediante la aplicación sustitutiva del Derecho material español o bien mediante la desestimación de las pretensiones de las partes. El tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre el fondo mediante el subterfugio de declarar que “no está claro” (*non liquet*) el Derecho que debe aplicar al litigio (art. 1.7 CC).

### 3. Pensamiento divergente y dobles líneas de reflexión de docentes y estudiantes en Derecho internacional privado

**29.** Muy importante resulta que el docente destaque, en este punto del discurso, que, en torno a estos nudos problemáticos del Derecho internacional privado no sólo no existe una verdad absoluta sino que cualificados expertos en Derecho internacional privado se manifiestan en sentidos distintos e incluso opuestos. Existen líneas de jurisprudencia diferentes, distintas tendencias en la doctrina y ejemplos numerosos de legislaciones que adoptan soluciones diametralmente enfrentadas. El profesor puede y debe transmitir el carácter abierto de estas cuestiones y dar “opciones de pensamiento divergente” a los estudiantes, todas ellas debidamente argumentadas y bien fundadas en Derecho. De este modo, la “primera reflexión subjetiva del docente” de Derecho internacional privado da lugar a una “segunda reflexión subjetiva” de los estudiantes. Se supera, así, un pretendido, pero, como es claro, inexistente carácter neutro de los conocimientos de Derecho internacional privado transmitidos. Ello no debe conducir a la perplejidad sino a aceptar el desafío de “argumentar mejor” en Derecho. Como ha explicado P. KINSCH, es hora de abandonar “*une vision très classique (et idéalisée) du droit international privé*”, en la cual “*les règles de*

<sup>48</sup> ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004 [RTC 2004\422 AUTO]; STS, Social, 4 noviembre 2004 [CENDOJ 28079140012004101202]; SAP Castellón 15 julio 2009 [CENDOJ 12040370012009100141].

<sup>49</sup> STC 155/2001 de 2 julio 2001 [RTC 2001\155].

<sup>50</sup> STC 33/2002 de 11 febrero 2002 [R. 2002\3107].

*celui-ci sont nettement séparées de considérations politiques*”. En efecto, es claro que “*cette conception n’a cependant jamais correspondu parfaitement à la réalité*”, puesto que el Derecho internacional privado está lleno de “*considérations politiques, par opposition aux considérations techniques*”, que busca la “*défense d’intérêts publics (ou d’intérêts politiques) proprement dits, mais aussi définition de politiques, législatives et jurisprudentielles, qui influent directement sur les solutions adoptées*”<sup>51</sup>.

#### IV. Motivación de los estudiantes como herramienta discursiva y Derecho internacional privado. *Ethos, pathos, logos*

**30.** La motivación de los estudiantes constituye una herramienta discursiva de capital importancia. Los más importantes estudios sobre enseñanza del Derecho así lo confirman<sup>52</sup>. Debe superarse, así, la llamada “pasividad del estudiante medio de nuestras facultades”, cuya aspiración máxima suele ser la mera superación de la asignatura en su evaluación<sup>53</sup>. Aprobar la asignatura es para muchos estudiantes el nirvana, lo único. Para motivar al estudiante, pues, para que aprenda Derecho internacional privado y no sólo para que supere sus exámenes relativos a la asignatura, las tres grandes estrategias clásicas de origen griego son plenamente válidas también en el siglo XXI en relación con el Derecho internacional privado.

##### 1. *Ethos*: el Derecho internacional logra resultados justos

**31.** En primer lugar, el *ethos*. Se puede y se debe motivar a los estudiantes si se muestra el alto valor del Derecho internacional privado para producir resultados justos<sup>54</sup>. Que una persona conserve su nombre y apellidos aunque traslade su residencia a otro país es justo (art. 1 del Convenio de Munich 5 septiembre 1980 [ley aplicable a los nombres y apellidos] y STJCE 14 octubre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*)<sup>55</sup>. Esa idea dinamiza todo el sistema de Derecho internacional privado. Le otorga un poder muy notable para adaptarse a la realidad, indican H.-P. MANSSEL / K. THORN / R. WAGNER<sup>56</sup>. Además, tras esa idea, explica P. MANKOWSKI, late un principio de confianza mutua en la Justicia extranjera que evoca una percepción universal de la Justicia<sup>57</sup>.

También es justo, como ha mostrado S. HUBER, que un consumidor que adquiere por Internet ciertos pequeños electrodomésticos que luego resultan no funcionar, pueda demandar ante las autoridades del Estado donde tiene su domicilio y no tenga que demandar al vendedor ante los tribunales del

<sup>51</sup> P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384, esp. pp. 10-14.

<sup>52</sup> *Vid.*, inter alia, G. QUINTERO OLIVARES, *La enseñanza del Derecho en la encrucijada (Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010; E. LINDE PANIAGUA, *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010; J.R. CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje (una introducción al estudio del Derecho)*, Trotta, Madrid, 1995; F. GÓMEZ DE LIAÑO, *De los jueces, de los abogados y de los juicios*, Civitas, Madrid, 2010; J.E. BUSTOS PUECHE, “Reflexiones boloñesas con ocasión de la jubilación”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación (obra homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente)*, Iprolex, ISBN 9788494105593, Madrid, 2020, pp. 175-184; L. PEÑUELAS I REIXACH, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España*, 3ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2009.

<sup>53</sup> A. GORDILLO, *El método en Derecho*, Civitas, Madrid, 1988 (reimp.1995), pp.117-135. Y. ROMERO MATUTE, “Cambiar el concepto de aprobar y buscar la necesidad de aprender”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (directoras), *Innovación docente y Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2019, pp. 53-62.

<sup>54</sup> *Vid.* en general F. GALGANO, *Il rovescio del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1991; F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>55</sup> Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 septiembre 1980 (BOE núm.303 de 19 diciembre 1989); STJCE 14 octubre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul* [Recopilación, 2008, p. 1-07639] [ECLI:EU:C:2008:559].

<sup>56</sup> H.-P. MANSSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?”, *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

<sup>57</sup> P. MANKOWSKI, “Nun sag, wie hast Du’s mit dem Anerkennungsprinzip? – Im EU-Ausland „unrechtmäßig“ erlangte Namen als Prüfstein”, *IPRax*, 2020, n.4 vol. 40, pp. 323-329.

Estado de la sede de la empresa vendedora (art. 17.1.c) RB I-bis)<sup>58</sup>. Ello es especialmente así, especialmente más adecuado, precisa de nuevo P. MANKOWSKI, en los casos de adquisiciones por Internet precedidas de publicidad realizada en dicho medio por el empresario vendedor<sup>59</sup>.

Sintoniza con una idea innata de Justicia también el *forum damni* y la regla *lex damni*: el foro del lugar del daño y al aplicación de la Ley del Estado en el que se ha producido el daño en los casos de responsabilidad no contractual. Es justo, así, que si un bien ha sido adquirido por Internet a un empresario con sede en el Estado A pero causa daños en el Estado B, la víctima pueda demandar a los responsables de dicho daño ante los tribunales del Estado B y con arreglo al Derecho de dicho Estado. Es la legítima expectativa del adquirente en virtud del principio de seguridad jurídica y de protección del consumidor, que son principios con rango constitucional en Derecho español y también principios fundamentales en Derecho europeo, explica E. CASTELLANOS RUIZ<sup>60</sup>.

En suma, la mejor motivación para que los estudiantes deseen aprender Derecho internacional privado radica en mostrar que éste puede hacer Justicia, que es un arma imbatible para alcanzar resultados justo en la sociedad líquida e hiperveloz del siglo XXI.

## 2. *Pathos*: el Derecho internacional privado mueve los corazones

32. En segundo término, el *pathos*. Se trata de apelar a las emociones del que aprende Derecho internacional privado. El ser humano dispone de una parte racional y también de una parte emocional que es no racional. El Derecho internacional privado es atractivo porque (con-)mueve las almas de los seres humanos. Porque provoca emociones en las personas. La “emoción” es lo que mueve a la persona, pues en efecto la palabra “emoción” deriva del vocablo latino “*emotio*”, y ésta su vez se toma del verbo “*emovere*”, que significa “lo que mueve”. Las emociones que experimentan los seres humanos son aquellas experiencias que permiten que la persona abandone su estado habitual para conducirlos a un lugar nuevo. La emoción mueve y (con-)mueve a las personas.

33. En este escenario, el Derecho internacional privado aparece como un sistema de normas que hace posible que el amor supere las fronteras de los Estados, pues facilita por ejemplo, que un matrimonio celebrado en Moscú con arreglo a la forma legalmente prevista en Derecho ruso, sea considerado válido para el Derecho español (art. 49.1 CC)<sup>61</sup>.

Permite también, por ejemplo, que un niño que ha nacido tras una gestación por sustitución en un país que admite dicha práctica no se quede sin padres en otros países incluso aunque tal gestación por sustitución sea considerada ilegal en el Estado de destino del menor, como corrobora la jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia francesa más reciente<sup>62</sup>. Es decir, que la familia legalmente formada con arreglo a la Ley de un país sea considerada también una “familia” en los demás países pues no importa

<sup>58</sup> S. HUBER, “Das weite Verständnis des Verbrauchergerichtsstands im Europäischen Zuständigkeitssystem”, *IPRax*, 2020, n.5 vol. 40, pp. 408-414.

<sup>59</sup> P. MANKOWSKI, “Autoritatives zum „Ausrichten“ unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO”, *IPRax*, 2012-II, pp. 144-156.

<sup>60</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 70-92.

<sup>61</sup> Por analogía con el sistema español, *vid.* G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 457-520.

<sup>62</sup> STEDH 26 junio 2014, 65192/11, *Menesson vs. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211]; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111]; STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia* [ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812]; STEDH 21 julio 2016, *Foulon y Bouvet vs. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD00906314]; STEDH Gran Sala 24 enero 2017, *Paradiso Campanelli* [ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812]; Advisory Opinion (Grand Chamber of the ECHR) (Request no. P16-2018-001) of 10 April 2019 [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383]; Decisión (Sección quinta) TEDH de 19 noviembre 2019, *C y E vs. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2019:1119DEC000146218]. *Vid.* también Sent. Cour cassation Francia n. 648 de 4 octubre 2019, *Menesson* [ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648]; Sent. Cour Cassation Francia n. 1113 de 18 diciembre 2019 [ECLI:FR:CASS:2019:C101113].

tanto “cómo ha llegado el niño al mundo” que “cómo defender el interés de dicho niño una vez que está en este mundo”, apunta S. SHAKARGY<sup>63</sup>. En relación con estos casos, el *pathos* muestra al jurista que una regulación jurisprudencial internacional, -como la generada por los casos fallados por el TEDH-, es más indicada que un enfoque legal estrictamente nacional, que se ha visto totalmente superado en la práctica, según observa C. FENTON-GLYNN<sup>64</sup>.

También el *pathos* estimula al estudiante del Derecho internacional privado cuando se le muestra la extraordinaria utilidad de esta disciplina jurídica. Los estudiantes deben ser conscientes de que, al aprender Derecho internacional privado, adquieren conocimientos, competencias, destrezas y habilidades que les resultarán operativos cuando se integren en la sociedad. Un saber útil motiva y el Derecho internacional privado es una disciplina jurídica con la que, a diferencia de otras ramas jurídicas, un buen jurista puede ganarse la vida.

### 3. Logos: el Derecho internacional constituye un discurso intelectual y estéticamente bello

34. En tercer lugar, el *logos*. El discurso del Derecho internacional privado es lógico, lineal, dispone de unas reglas que se verifican y ese respetan en todo su discurso, que aparece, así, sólido y ordenado. Se puede hablar, en este sentido, del “cosmos del Derecho internacional privado”. En efecto, “*kosmos*” significa, en lengua griega, “orden” y curiosamente, al mismo tiempo, significa también “bello”. De ahí, por ejemplo, la palabra “cosmético”, que es aquello que aumenta la belleza. Pues bien, los razonamientos y soluciones del Derecho internacional privado son lógicos, son ordenados, son coherentes y por ello, son también bellos al mismo tiempo, elegantes, apunta, para el Derecho internacional privado europeo, F. WILKE<sup>65</sup>.

35. La belleza intelectual y estética del Derecho internacional privado mueve también a los estudiantes, que aprecian la elegancia discursiva de un razonamiento ordenado, coherente, lineal, razonable y equilibrado propio del Derecho internacional privado. Un ejemplo puede resultar útil a este respecto. En un caso en el que se trata de aclarar cuál es la Ley aplicable a la sucesión de un nacional español que ha otorgado testamento ológrafo en Londres y cuyo patrimonio está formado por bienes situados en Francia y España, la primera cuestión a resolver es la (i) calificación de un testamento ológrafo como cuestión sucesoria. La segunda cuestión es (ii) la aplicación del Reglamento sucesorio europeo para fijar la Ley aplicable a la sucesión del nacional español. La tercera cuestión que aparece de modo lineal en el horizonte de sucesos es la (iii) aplicación de la Ley española al testamento ológrafo que contiene una *professio juris* en favor del Derecho español por parte del causante español cuya residencia habitual se encontraba en Londres. Finalmente, la cuarta cuestión radica en el (iv) reparto de las legítimas entre los herederos forzosos según el Derecho español aplicación y no aplicación del Derecho inglés. El estudiante que aprecia la inmarcesible belleza de la argumentación del Derecho internacional privado se siente inmediatamente cautivado por esta disciplina jurídica. Debe subrayarse, en todo caso, que todo el Derecho constituye un saber aporético, problemático, en el que no es posible hallar resultados aritméticos, algebraico, fijos e inmutables. El Derecho internacional privado invita a una argumentación tópica en la que caben razonamientos y explicaciones distintas, diferentes e incluso opuestas y todas ellas, al mismo tiempo, posibles en el marco de una correcta dogmática jurídica<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> S. SHAKARGY, “Choice of law for surrogacy agreements: in the in-between of status and contract”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 138-162.

<sup>64</sup> C. FENTON-GLYNN, “International surrogacy before the European Court of Human Rights”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, issue 3, pp. 546-567.

<sup>65</sup> F. WILKE, *A conceptual analysis of European private international law, the general issues in the EU and its Member States*, Ed. Intersentia, 2019, pp. 12-14.

<sup>66</sup> A.I. OLIVEROS, “Vértigos argumentales”, en L. VEGA REÑÓN / P. OLMOS GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2012, pp. 638-642, esp. pp. 638-639.

## V. Contexto democrático de la enseñanza del Derecho internacional privado

36. Cuando se hace referencia a un contexto democrático de la enseñanza del Derecho internacional privado no se pretende aludir a una realidad vacía o a un juego de palabras, mero troteo de salón, brindis al sol y pedaleo de gimnasio. Se hace referencia, por el contrario, a un ambiente axiológico que funciona como presupuesto básico de una correcta enseñanza del Derecho internacional privado. Ello es necesario para alcanzar un resultado satisfactorio en la labor docente del Derecho internacional privado. Dicho contexto funciona en dos niveles.

### 1. El Derecho internacional privado es un saber argumentativo

37. En un primer nivel, los objetivos docentes a conseguir deben valorarse desde la argumentación y no desde la imposición de teorías fijas e inmutables. La formación de los estudiantes, entendida en un sentido general, -cultural y jurídica-, y particular, -en relación al Derecho internacional privado-, debe realizarse mediante una dosis ingente de argumentación y contraste de soluciones, teorías, posiciones y consecuencias (= es la “enseñanza reflexiva” del Derecho internacional privado). Afirmar, sin más, que la calificación para determinar la Ley aplicable debe realizarse siempre con arreglo al Derecho español, como indica el art. 12.1 CC, resulta apodíctico, algebraico y transmite una idea de opresión intelectual. Es preciso, para una enseñanza argumentada del Derecho internacional privado, que el docente de la materia explique los motivos que llevaron al legislador español a seguir esa solución, y cuáles eran y son las alternativas posibles. De ese modo se alcanza una dinámica estructural interiorizada, ya que se motiva en los receptores la aprehensión de los argumentos más razonables y justificados, aquéllos que pueden convencer con mayor dosis de moderación, sensatez y prudencia.

### 2. Modo constitucional y modo europeo de pensar el Derecho internacional privado

38. En un segundo nivel, el contexto referido debe procurar que las soluciones a las que se llega mediante la aplicación de las normas de Derecho internacional privado se examinen y se ponderen mediante el grado de consecución y protección de los valores constitucionales del Derecho español y de los valores jurídicos europeos del Derecho de la Unión Europea y recogidos, básicamente, en los derechos fundamentales de este ordenamiento. Es importante transmitir a los estudiantes la idea de que los valores, las normas y los standards culturales son tres realidades distintas también en Derecho internacional privado y que son los valores los que ocupan, en un discurso comprometido, un escalón superior en el zigurat de la argumentación jurídica, escribe M.V. CARAUSAN<sup>67</sup>.

39. En el sentido apuntado, los estudiantes deben asumir que las soluciones directamente derivadas del cuadro de valores constitucionales y del Derecho europeo son las que cuentan con un respaldo jurídico de mayor intensidad al trata de convencer en un debate jurídico de Derecho internacional privado. Cuestiones tan complejas como el conflicto de civilizaciones, las corrientes migratorias, el *status* de extranjería del no nacional, la autonomía de la voluntad conflictual, la protección de los consumidores y trabajadores, el medio ambiente, e incluso la precisión del elenco de fuentes del Derecho internacional privado son aspectos objeto de perenne debate en el cual las soluciones con respaldo constitucional son las que presentan un mayor peso argumentativo. Es función del docente de Derecho internacional privado fomentar el “modo constitucional de pensar” y también el “modo europeo de pensar” y argumentar en los estudiantes. En esta línea, por ejemplo, mostrar por qué el art. 6 RR-I opta, como punto de conexión básico y general, por la “residencia habitual del consumidor”, exige realizar una lectura constitucional y europea de dicha norma de conflicto, en sintonía clara con el art. 51 Constitución española y con el art.

<sup>67</sup> M.V. CARAUSAN, “Is European Union at the Heart of Citizens’ Identity?”, *Juridica*, 2011, p. 59, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1987158>.

169 TFUE<sup>68</sup>. Si ello se consigue, se logrará una adecuada formación del estudiante en este sector y, al mismo tiempo, se le habrá enseñado un modo constitucional y europeo de argumentación jurídica que le servirá. Ello servirá, igualmente, para destacar y promover la función del Derecho internacional privado como instrumento de los valores constitucionales y europeos, lo que no siempre el legislador tiene tan claro, subraya J. MEEUSEN<sup>69</sup>. Finalmente, también puede destacarse que, visto que la democracia es un valor social del más alto nivel tanto desde el punto de vista constitucional español como desde el punto de vista del Derecho europeo, resulta extremadamente interesante cuestionarse acerca de la presencia de la democracia en las soluciones positivas del Derecho internacional vigente, como ha sugerido sagazmente J. WOUTERS<sup>70</sup>.

## VI. Reflexiones

40. El Derecho internacional privado constituye una disciplina jurídica fascinante. Sin embargo, su enseñanza exige un proceso de clarificación intelectual por parte del docente que permita la transmisión del potencial de cambio social, personal e intelectual que atesora el Derecho internacional privado. El secreto, como casi todo en la vida, descansa en la motivación necesaria que debe poseer el estudiante de Derecho internacional privado. El docente de Derecho internacional privado puede potenciar esa motivación mediante una transmisión del Derecho internacional privado como sector del Derecho que permite alcanzar resultados justos y emocionantes a través de un discurso intelectualmente sugestivo y estéticamente atractivo. El buen docente del Derecho internacional privado es, así, el que, en el contexto de la *erística* jurídica, consigue llegar tanto en la parte racional como en la parte emocional del estudiante. Los estudiantes motivados de hoy son los profesionales diligentes del mañana.

---

<sup>68</sup> Artículo 51.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Artículo 169 (antiguo artículo 153 TCE):

1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.

<sup>69</sup> J. MEEUSEN, "Comparing Interstate and European Conflict of Laws from a Constitutional Perspective: Can the United States Inspire the European Union?", *American journal of comparative law*, 2019-3, pp. 637-676.

<sup>70</sup> J. WOUTERS, "Le statut juridique des standards publics et privés dans les relations économiques internationales", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2020, t. 407, pp. 9-122, esp. pp. 111-119: "Comment assurer la démocratie dans des processus largement privés?".

CADUCIDAD DEL TÍTULO EXTRANJERO Y PRESCRIPCIÓN  
DE LA ACCIÓN EN MATERIA DE OBLIGACIÓN DE  
ALIMENTOS. COMENTARIO AL AAP DE LÉRIDA (SECCIÓN 2)  
NÚM. 203/2020 DE 13 OCTUBRE 2020

PRESCRIPTION OF THE THE RIGHT TO ENFORCE A DECISION  
AND EXPIRY OF THE RIGHT OF ACTION IN MATTERS  
RELATING TO MAINTENANCE OBLIGATIONS. PURPOSE TO  
THE JUDGEMENT OF THE COURT OF APPEAL OF LERIDA  
NUMBER 203/2020 OF 13TH OCTOBER

LUIS F. CARRILLO POZO  
*Profesor de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Almería*  
ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 03.06.2021 / Aceptado:21.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6284>

**Resumen:** El auto de la AP de Lérida de 13 de octubre de 2020 ilustra los problemas de interpretación del art. 21.2 del reglamento 4/2009, que prescinde de la *lex causae* en cuanto a subsistencia del derecho a recibir alimentos para dar cabida en la fase de ejecución a la posible aplicación de otros ordenamientos. El presente comentario trata de poner de manifiesto las dificultades de puesta en funcionamiento de la norma.

**Palabras clave:** alimentos, caducidad del título ejecutivo, prescripción.

**Abstract:** The order of the AP of Lérida of October 13, 2020 illustrates the problems of interpretation of art. 21.2 of regulation 4/2009, which dispenses with the *lex causae* in terms of subsistence of the right to receive alimony payments in order to accommodate the possible application of other legal systems in the enforcement stage. This comment attempts to highlight the difficulties of implementation of the rule.

**Keywords:** maintenance, expiry of the right of action, prescription of the right to enforce a decision.

**Sumario:** I. Los datos del litigio. II. La caducidad del título ejecutivo y la prescripción del derecho: Las normas en presencia. III. Elementos para la duda (memorial para escépticos). IV. Conclusión resignada.

1. Es harto frecuente, cuando se habla de alimentos, expresar el desconcierto que produce la concurrencia de fuentes de regulación, que genera un verdadero empacho<sup>1</sup>. Aun siendo un problema

---

<sup>1</sup> Recientemente ponía de relieve F. GARAU SOBRINO cómo para un caso sustancialmente idéntico el operador puede verse en la tesitura de tener que deslindar entre seis, sean convenios, reglamentos o ley interna: “El laberíntico sistema español de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, en P. DOMÍNGUEZ LOZANO (ed.), *Derecho internacional privado europeo*.

de envergadura, no es a mi juicio la más grave de las dificultades que en este tema se suscitan: Al fin y al cabo, bastará refrescar los rudimentos de Derecho internacional público para individualizar el texto aplicable, e incluso en caso de error los tribunales hacen el trabajo de los letrados (art. 218.1 inciso segundo de la LEC<sup>2</sup>). Lo malo viene cuando, instalados en el reglamento 4/2009 de forma indubitada, nos topamos con normas que (al menos a mi entender) no encajan en la filosofía y espíritu de un texto sobre esta materia. Su art. 21.2 encierra un compromiso cuyas soluciones tocan tanto a lo procesal como a lo sustantivo, en la medida en que tiene que partir de la base -como no puede ser de otro modo- de la regla sobre sujeción a la *lex fori* del desarrollo del proceso de ejecución (y eso incluye la norma sobre caducidad del título), pero acoge una extraña fórmula de suspensión o denegación de la ejecución cuando el derecho a reclamarlos haya prescrito o bien de acuerdo con esta misma ley del foro o bien conforme a la del Estado de origen, entendidas ambas en el sentido más extenso. Esa inesperada norma se convierte en la clave esencial de la resolución que paso a comentar.

## I. Los datos del litigio

2. Tal vez sea un poco farragosa la sucesión de fechas que jalonan la historia, pero, hablando de caducidad y prescripción, cuento de antemano con la benevolencia del lector.

En el origen del auto comentado se halla la sentencia de la sección de familia y menores del tribunal de distrito de Chrzaniwie (Polonia), de 24 de mayo de 2012, que condenaba al pago de alimentos en favor de un residente en Polonia a un ciudadano del que se sabe que ahora vive en España<sup>3</sup>. En lugar de solicitar la ejecución directa, se acude a la vía de la cooperación entre autoridades centrales (art. 55)<sup>4</sup>, cursada mediante escrito del abogado del Estado de 10 de julio de 2015, completado (poder, cuenta de la deuda) el 26 de noviembre siguiente. Parece ser que en abril de 2016 se formuló una reclamación extrajudicial, pero esto no queda acreditado documentalmente en el momento procesal oportuno: Valga al menos para fundar la sospecha de que los incumplimientos vienen de antiguo.

La demanda solicitando el despacho de ejecución es de 19 de abril de 2018. Se formula oposición por parte del ejecutado y del ministerio fiscal, alegando la caducidad del título, *ex art.* 518 LEC. El juez de primera instancia no la estima, pero aplica en su lugar el art. 121-21 CC de Cataluña (prescripción trienal), ordenando, por auto de 20 de noviembre de 2018, que prosiga la ejecución, por las cantidades devengadas a partir de 19 de abril de 2015<sup>5</sup>. La abogacía del Estado recurre en apelación, acudiendo a argumentos a veces sensatos (no se trata de un declarativo, sino de la ejecución de un título extranjero, por lo que no procedería aplicar la mencionada norma del CC de Cataluña sino la LEC, lo que retrotraería la fecha a partir de la cual se puede reclamar la deuda a la del mismo momento del dictado de la sentencia), a veces sorprendentes (el requerimiento extrajudicial de 2016 *suspendió* el plazo caducidad del título)<sup>6</sup>.

---

*Diálogos con la práctica*, Valencia, 2020, p. 128 en particular. Añádase las posibilidades de modalización ofrecidas por algunos convenios vía reservas, declaraciones y facultades de desconexión y el cuadro quedará completo: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "The Necessary Flexibility in the Application of the New Instruments on Maintenance", en K. BOELE-WOELKI y otros (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Zurich, 2010, pp. 180 ss.

<sup>2</sup> El acreedor no puede quedar perjudicado: chocaría con la filosofía subyacente. En este sector el TS establece que en caso de silencio en la invocación de instrumentos el órgano judicial debe acudir a aquel que en mayor medida favorezca la concesión del *exequatur* (allí donde sea necesario): AATS 30 enero 1996, 6 junio 2000, 9 julio 2002, 17 mayo 2005. Por esa misma lógica, podemos entender que, si se solicita sólo el *exequatur* cuando lo que corresponde es pedir el despacho de ejecución (si se pide ambas cosas no ha lugar a discusión alguna), se puede otorgar ésta, ya que -además- quien puede pedir lo más está pidiendo implícitamente lo menos.

<sup>3</sup> El importe de la pensión quedó establecido en 1000 zlotys, que al cambio serían unos 220 euros. Reténgase el dato por lo que se verá *infra*.

<sup>4</sup> Recuérdese que existen dos vías alternativas. No es obligatorio recurrir a la asistencia de la autoridad central del Estado de ejecución, pudiéndose instar la ejecución de forma directa: STJ 9 febrero 2017 (asunto C-283/16), MS c. PS.

<sup>5</sup> Artículo 121-21. Prescripción trienal. Prescriben a los tres años:

a) Las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves.

(...)

<sup>6</sup> Los pedimentos subsidiarios son todo menos un ejercicio de coherencia: Se solicitaba que, si se rechazaba la eficacia interruptiva de la caducidad del requerimiento, al menos se aplicara el art. 518 LEC y se condenara a pagar las pensiones devenga-

3. La respuesta del tribunal peca tal vez de exceso. Es casi una constante en los operadores -inseguros en el maremágnum del Derecho internacional privado, enfrascados en un razonamiento que con frecuencia se les antoja un arcano- la acumulación de datos, normas y argumentos, vengan o no a cuento. Aquí, por ejemplo, comparecen extremos como el art. 15 del reglamento 4/2009 (como si se discutiera sobre ley aplicable al fondo del asunto) o desarrollos sobre ejecución de decisiones al amparo del extinto reglamento Bruselas I, sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial emanada a propósito de la prescripción de las obligaciones de pago periódico en el Derecho catalán. En lo que nos interesa, la argumentación del auto de la Audiencia leridana puede ser resumida en las siguientes proposiciones: a) No se acepta la tesis del recurrente cuando defiende que únicamente resulta aplicable el art. 518 LEC, siéndolo también el de prescripción previsto en el art. 121-21 CC de Cataluña (FJ 4º); b) Pero la normativa relevante sobre prescripción no es la del CC catalán sino la del Estado miembro de ejecución, o sea, el art. 1966.1 CC, cinco años (FJ 5º); c) Para saber si la acción de ejecución de una resolución dictada por otro Estado miembro ha sido ejercitada a tiempo hay que estar a la fecha de entrada en el Ministerio de Justicia de la solicitud de cooperación (2015); d) Y ello porque el solicitante no puede verse perjudicado por la realización de los trámites intermedios hasta la interposición de la demanda de ejecución o por las dilaciones que no le son imputables; e) En consecuencia, la acción no ha prescrito y procede ordenar la continuación de la ejecución despachada, imponiendo las costas de la primera instancia al ejecutado.

A partir de ahí quiero centrar las páginas que siguen a tratar de la caducidad del título, la relación entre caducidad y prescripción del derecho y las dificultades de comprensión y puesta en funcionamiento del mencionado art. 21 del reglamento 4/2009.

## II. La caducidad del título ejecutivo y la prescripción del derecho: Las normas en presencia.

4. Va de suyo que sólo se pueden ejecutar títulos dotados de ejecutividad conforme a la ley del Estado cuyos tribunales los hayan emanado. Es la expresión del control y soberanía del Derecho del Estado de origen, cuya consecuencia es la acogida del modelo de extensión de los efectos en sede de reconocimiento y ejecución<sup>7</sup>. Pero una vez entran en el espacio jurídico del foro se equiparan -en todo- a las decisiones locales. Por eso tiene sentido que el TJ haya incluido la fijación de un plazo de caducidad de los títulos entre las vicisitudes atinentes a la ejecución, materia no unificada y por lo tanto disciplinada por cada Estado de forma autónoma, que decide libremente<sup>8,9</sup>. Y tiene sentido igualmente que el propio

---

das desde cinco años antes de la demanda (mayo de 2013); subsidiariamente se defendía que en caso de aplicar las normas sobre prescripción se admitiera que el plazo se interrumpió con la reclamación de 2016, condenando al pago desde mayo de 2013.

Por lo demás, el MF se adhiere al recurso (lo que se llama continuidad de los planteamientos); el ejecutado no comparece en esta segunda instancia.

<sup>7</sup> Recuérdese que, como es sabido, el modelo de extensión de los efectos no aparece expresamente en ningún texto normativo, pero ha sido reconocida por el TJ en sentencias de 4 de febrero de 1988 (*Hoffmann*, par. 11), 28 de abril de 2009 (*Apostolides*, par. 66), 13 de octubre de 2011 (*Prism investments*, par. 39) y 15 de noviembre de 2012 (*Gothaer*, par. 34).

<sup>8</sup> Afirma en la sentencia de 4 octubre 2018 (asunto C 379/17) que «...la ejecución propiamente dicha (...) sigue sometida al Derecho nacional del juez que conoce de ella, sin que la aplicación de las normas procesales del Estado miembro requerido en el marco de la ejecución pueda menoscabar la eficacia del régimen previsto por dicho Reglamento [se refiere a Bruselas I] en materia de *exequatur* limitando la operatividad de los principios impuestos en la materia, de manera expresa o tácita, por el propio Reglamento».

Ya antes el TS español lo había dejado claro en su única resolución -salvo error por mi parte- que se ha pronunciado sobre el tema: «La solicitud de ejecución de la resolución dictada por un Estado miembro, al amparo del Reglamento (CE) 44/2001, no tiene un plazo de prescripción o de caducidad propio, sino que ha de aplicársele el previsto para la ejecución de los títulos judiciales. Dado que Reglamento comunitario no regula el plazo en que ha de pedirse la ejecución de la resolución del Estado miembro en otro, a falta de tal previsión expresa ha de aplicarse subsidiariamente la *lex fori*» (sentencia de 16 octubre 2014).

<sup>9</sup> Recuérdese, en este sentido, que los plazos de ejecución de los títulos judiciales oscilan considerablemente, desde los 5 años previstos en la LEC, hasta 30 en Alemania (§ 197.1.3. BGB), pasando por los 10 de Francia (art. L 111-4 CPC). A los efectos de la debida comprensión de la norma controvertida, téngase presente que la noción de caducidad del título no existe en los sistemas comparados, prefiriéndose hablar de prescripción del derecho a la ejecución del título, como cualquier otro derecho; es como si, una vez se incorpora al título, el derecho subjetivo cambiara de naturaleza, hasta el punto de que se alteran los plazos en los que puede ser hecho efectivo, que ya no son los del objeto litigioso sino los de la resolución (en un sentido parecido se manifiesta el AAP de Asturias de 17 septiembre 2007, que habla de sustitución de plazos).

TJ haga una lectura amplia del concepto de ejecución hasta extender la competencia del juez encargado de ella a las vicisitudes que de un modo u otro se le vinculen, y siempre con el límite máximo de no poder alterar el contenido de lo decidido (sentencia de 4 junio 2020)<sup>10</sup>. Al igualar las resoluciones dictadas en el foro y las de tribunales extranjeros se potencia la seguridad y el ahorro mediante la estandarización del procedimiento ejecutivo<sup>11</sup>. Estas orientaciones siempre han quedado claras en los reglamentos: Por citar sólo tres ejemplos, es lo que sancionan el art. 41 del reglamento 1215/2012, el art. 23 del 655/2014 o el art. 51 del 2019/1111, y en el ámbito interno el art. 50.2 LCJI. En consecuencia, no es exótico que el art. 41 del 4/2009 asevere 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. 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». El alcance de ese “a reserva” mencionado al principio de la disposición no puede ser tal que adultere el régimen extendido hasta el extremo de contradecir la regla general, y fundamentalmente no es concebible ni que un legislador racional rompa la paridad de decisiones en el foro ni que en la fase de ejecución se puedan discutir elementos de fondo.

5. Permítaseme recordar unas cuantas obviedades más. Nunca se ha dudado de que una cosa es el título que abre la ejecución y otra el alcance de las prestaciones que se pueden reclamar. Aquello es un tema procesal (soberanía de la *lex fori*), esto es cuestión de fondo cubierta -y resuelta- por la *lex causae*. Pero lo primero es saber si existe o no un título ejecutivo de acuerdo al sistema procesal del juez de la ejecución, en la medida en que sólo si efectivamente existe se puede pasar a la siguiente pregunta, la de su eficacia en el tiempo. Por supuesto que, como todo elemento relativo a la subsistencia del título, la fijación del *dies a quo* para determinar si está vigente o no, compete a la LEC, al tratarse de procedimientos que se desenvuelven en España. Los problemas en materia de alimentos se suscitan cuando se demanda para conseguir una condena con alcance retroactivo o cuando se reclaman atrasos, y es ahí donde confluyen esos dos ordenamientos, porque la ley del foro establecerá un tope máximo en la fase de ejecución: Si, por ejemplo, en 2010 se interpone una demanda, el Derecho regulador de la prestación dirá si se pueden conceder desde 2007, 2005 o desde la fecha que sea; pero, si cuando se solicite su ejecución en España, el plazo que cuenta es el de cinco años del art. 518 LEC, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, matizando el rigor de esta disposición respecto a condenas al pago de prestaciones periódicas o prestaciones futuras cuyo incumplimiento es incierto, para fijar aquel en el día del último incumplimiento<sup>12</sup>. El reparto de funciones es, pues, claro, con dos delimitaciones temporales<sup>13</sup>: La *lex causae* marca el máximo reclamable -y reconocible- en un declarativo, la *lex fori*

<sup>10</sup> Esta sentencia (asunto C 41/19) contiene dos párrafos con aseveraciones cruciales para lo que nos interesa en este breve comentario: Del art. 41 del Reglamento 4/2009 se desprende 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 y mediante la que se haya declarado la existencia de un crédito de alimentos es, al igual que el conocimiento de la propia demanda de ejecución de dicha resolución, competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución (38); un motivo de oposición alegado por el deudor ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución no pretende modificar esa resolución o que se adopte una nueva en este último Estado miembro, ni solicitar la revisión en cuanto al fondo de dicha resolución en ese Estado (46). Leído en clave interesada: No lo pretende porque es impensable que lo pretenda.

<sup>11</sup> Se lee en la misma sentencia que «la autoridad alemana encargada de la llevanza del Registro de la Propiedad no puede determinar si el Derecho del Estado miembro en el que se dictó el mandamiento de embargo preventivo establece un plazo de ejecución ni las modalidades de dicha ejecución, al igual que no está autorizada para aplicar una norma del Derecho de ese Estado miembro».

<sup>12</sup> La fecha del incumplimiento de los pronunciamientos es el momento en el que nace el derecho del interesado para solicitar su cumplimiento y, por tanto, para instar la ejecución, como señala el AAP de Cáceres de 23 enero 2020, por citar un ejemplo reciente entre cientos. Recomendable también el AAP de Ávila de 25 julio 2019, poniendo el acento en la imposibilidad de ejercitar la acción ejecutiva mientras no se incumpla.

Por eso en esta sede internacional privatista es crucial no sólo conocer la fecha de la resolución sino también acreditar que ha habido incumplimientos y a partir de cuándo. Sólo si se ha marcado la casilla del punto 5.2.1.4 de los anexos I y III (los relevantes en este caso controvertido) ha lugar a esta ulterior prueba (art. 20.1.c del reglamento 4/2009); para pagos únicos o prorrateados (5.2.1.2 y 5.2.1.3) bastará el formulario.

<sup>13</sup> Con la consecuencia de que por mucho que en la resolución extranjera se haya reconocido el derecho a cobrar alimentos

acota lo que en ese momento se puede pedir en concreto. Es diáfano que no es posible dar más de lo que en el título se haya concedido<sup>14</sup>.

6. Sobre este trasfondo irrumpe el mentado art. 21.2 del reglamento 4/2009: «A instancia del deudor, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución total o parcial de la resolución del órgano jurisdiccional de origen cuando el derecho a obtener la ejecución de dicha resolución haya prescrito ya sea en virtud del Derecho del Estado miembro de origen o en virtud del Derecho del Estado miembro de ejecución, si este estableciera un plazo de prescripción más largo»<sup>15</sup>. ¿De qué habla esta norma? En una primera aproximación se podría dudar sobre si es una norma especial sobre caducidad del título ejecutivo o si se trata de indagar directamente en la disciplina del derecho subyacente. Hablar sobre la prescripción del derecho a ejecutar una resolución conecta de algún modo con aquello (porque evoca la ejecución), pero no deja de ser cierto que esta opción supondría romper con la posición consolidada en las normas y en la jurisprudencia europea; sería tan anómalo como dejar que la caducidad no sea controlada de oficio<sup>16</sup>, y eventualmente sometida a la ley de un ordenamiento extraño en la disciplina del proceso. Por exclusión, por ello, sólo puede estar aludiendo a las normas (sustantivas) reguladoras de la prescripción del derecho debatido<sup>17</sup>, con el problema derivado de que comporta abrir una brecha en el razonamiento conflictual (que es lo que se ha hecho en el auto comentado). Al final, resulta que la norma del art. 21.2 es un cuerpo extraño en el entramado normativo, un elemento multiplicador de la complejidad<sup>18</sup>. Detengámonos un momento en este punto, empezando desde el fondo del paisaje.

7. El legislador europeo jamás ha querido poner palos en las ruedas al objetivo de la máxima eficacia en la tutela de los sujetos necesitados de protección:

---

desde un periodo de, v. gr., diez años, si nada se ha reclamado, en España el título sólo permite cobrar lo correspondiente a los últimos cinco años.

<sup>14</sup> El precitado AAP de Asturias de 17 septiembre 2007 aclara que el plazo para solicitar ejecución «es distinto al que el derecho sustantivo exige para la reclamación o ejercicio de cada respectivo derecho, que por quedar agotado una vez dictada resolución firme en el pleito en el que fuera ejercitado, es sustituido por un nuevo título judicial, cuyo plazo de vigencia es el citado de los cinco años, superándose así cualquier posible divergencia».

<sup>15</sup> Que se habla de prescripción del derecho a la ejecución es claro también en las otras versiones lingüísticas de nuestro entorno: «*if the right to enforce the decision of the court of origin is extinguished by the effect of prescription or the limitation of action*», «*le droit d'obtenir l'exécution de la décision de la juridiction d'origine est prescrit*», «*se il diritto di ottenere l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine è prescritto*», «*wenn das Recht auf Vollstreckung der Entscheidung des Ursprungsgerichts entweder nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats oder nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats verjährt ist*».

<sup>16</sup> Que el art. 556 LEC permita al ejecutado alegar prescripción o caducidad no significa que no quepa prevalentemente el control por de oficio cuando se le solicita el despacho de ejecución, art. 552.1 LEC. En su defecto, el deudor podrá oponerlas.

<sup>17</sup> De forma tajante y explícita en este sentido M. E. CORRAO, “Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari”, en *CDT*, 2011, pp. 138-139 (lo que no le impide hablar de flexibilidad y simplificación al servicio del acreedor).

<sup>18</sup> Asumo mi extrañeza por la falta de observaciones críticas a la norma. Tampoco encontraremos una explicación racional: Se acepta y basta. Entre nosotros permítaseme destacar los estupendos comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, en *Diario La Ley*, nº 7230, 31 de julio de 2009; M<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, en *REEI*, 2010 p. 29 en particular; E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*, Valencia, 2017, p. 120; J. I. PAREDES PÉREZ, “Reconocimiento y ejecución de pronunciamientos vinculados a la crisis matrimonial y modificación de resoluciones extranjeras”, en M. GUZMÁN ZAPATER/M. HERRANZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la UE*. Valencia, 2018, p. 620. No deja de ser llamativo que a la norma del art. 21 a veces no se le dedica ni una sola palabra: al hablar de los medios de defensa del demandado, por ejemplo, C. PARRA RODRÍGUEZ, “La obligación de alimentos para los menores: nuevas soluciones desde el derecho internacional privado”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA/J. FORNER I DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010, p. 294; *idem*, “Checklist sobre el cobro internacional de alimentos: una perspectiva española”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ/ G. GARRIGA SUAU, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Ramón Viñas Farré*, Madrid, 2012, p. 235; L. SALES PALLARÉS, “Regulación de las obligaciones de alimentos en el ámbito comunitario: el Reglamento 4/2009 y su relación con el Convenio y el Protocolo de La Haya 2007”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA/J. FORNER I DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños...*, op. cit., p. 306.

- En el plano conflictual, se busca simplicidad. Por eso no cabe duda de que la ley aplicable a los alimentos rige entre otras cosas el plazo de los que se puede solicitar, incluyendo los alimentos retroactivos: Al fin y al cabo, hablar de prescripción es hablar de existencia de un derecho en un momento determinado, o -dicho en negativo- de extinción de ese derecho como consecuencia de la inacción de quien está legitimado activamente para reclamar su efectividad, y eso es asunto sustantivo. Jamás se dudó de que la ley del fondo del asunto decide sobre este tema de forma incondicionada: Así aparecía en el art. 10 del Convenio de La Haya de 1973 y así consta en el art. 11 del Protocolo de 2007; en el espacio europeo tal era el tenor del art. 17 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos de 15 de diciembre de 2005 (y por supuesto en la resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2007 y en los diversos trabajos preparatorios)<sup>19</sup>. Esa misma voluntad de simplificación del razonamiento en cuanto a disciplina de las obligaciones de alimentos queda igualmente acreditada -entre otras cosas- por la desaparición en el reglamento de toda norma de conflicto y su encadenamiento a la Conferencia de La Haya, y dentro del Protocolo por la plasmación (reiterada) del ámbito de aplicación de la *lex causae* hasta cubrir la cuestión previa del título del que depende la prestación<sup>20</sup>. Tal simplificación, no se olvide, es lo que mejor cuadra con los intereses de un acreedor de alimentos<sup>21</sup>. Pues bien, en definitiva, si esa ley -y sólo esa ley- es la que decide todo lo sustantivo, no debería tener cabida en el razonamiento ningún otro ordenamiento que de un modo u otro pueda interferir, alterar o menoscabar sus soluciones (evidentemente, el orden público como excepción se mueve en otra dimensión).
- Si pasamos al plano de la circulación de resoluciones, el objetivo prefijado desde el inicio de los trabajos que conducen al reglamento 4/2009 era suprimir el *exequatur*, como precipitado natural de la evolución de los sistemas procesales en un espacio judicial integrado, e imperativo fijado por el mencionado objetivo de *favor creditoris*<sup>22</sup>: Rapidez y celeridad en la tutela de derechos, confianza recíproca lo exigen. De nada sirve diseñar foros de protección y aportar previsibilidad en el resultado si después las decisiones pueden ser controvertidas en la fase de ejecución<sup>23</sup>. No en vano, la historia viene de atrás: Hay un par de datos históricos *coadyuvantes* que vienen a remarcar la idea de máxima fluidez: a) La supresión de la causa de denegación del *exequatur* del art. 27.4 del Convenio de Bruselas de 1968, que permitía bucear en la ley aplicada a las cuestiones previas; b) El libro verde sobre obligaciones de alimentos denunciaba que algunos Estados a los que se les pedía el reconocimiento

<sup>19</sup> No hace falta entrar en el tema. Con referencias a los precedentes convenios, A. BONOMI, *Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations. Explanatory Report*, pp. 37-38, insistiendo en la calificación sustantiva de las cuestiones temporales.

<sup>20</sup> Cfr. B. ANCEL/H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires", en *RCDIP*, 2010, pp. 457 ss. (*vid.* pp. 9-10 de la edición electrónica).

<sup>21</sup> Así en la precitada sentencia del TJ de 4 junio 2020, para favorecer la concentración de competencias.

<sup>22</sup> No parece empero muy atinada la idea de que la supresión del *exequatur* pasa por la utilización de la misma norma de conflicto (reiterada en los trabajos de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, voz más que autorizada en este tema. El más reciente, "La reclamación internacional de alimentos: De La Haya a Bruselas", en *VVAA, Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, 2020, p. 136). Lo crucial es el respeto de los derechos de las partes en el proceso, no la solución concreta alcanzada. Es absurdo otorgar a la norma de conflicto una función constitutiva de garantías en el momento de la libre circulación (cfr. B. ANCEL/H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières...", *op. cit.*, p. 9). Por lo demás, que puede existir una circulación fluida de títulos sin unificación conflictual lo demuestra el sistema europeo (por ejemplo, el CB de 1968 o el reglamento 805/2004) y desde luego puede convivir una norma que introduzca excepciones a la libre circulación de resoluciones -como la del art. 21 del reglamento 4/2009- con la incorporación general del Protocolo de 2007: Las objeciones a esa norma no vienen desde la óptica conflictual sino desde la procesal.

En otro nivel de funcionamiento, téngase presente que alimentos es materia incluida en el ámbito de aplicación del reglamento 655/2014 (orden europea de retención de cuentas en materia civil y mercantil): Celeridad, fluidez, supresión de obstáculos interiores.

<sup>23</sup> De nuevo, B. ANCEL/H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières...", *op. cit.*, p. 7.

y ejecución de una decisión sobre alimentos incoaban un nuevo procedimiento, alegando la insolvencia del deudor o el cambio de las circunstancias respectivas, dejando claro que esta práctica no encajaba en el reglamento 44/2001 en vigor en la época (al tiempo que se insistía en el rechazo de cualquier forma de revisión del fondo<sup>24</sup>).

8. Item más: No existen precedentes del reclamo de un ordenamiento distinto a la *lex causae* en la fase ejecutiva. No hay nada parecido a una causa de oposición como esta en el convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 o en el de 2 de octubre de 1973, por definición menos cooperativos. De hecho, sus arts. 7 y 11 (respectivamente) se ordenaba que la ejecución de una resolución que condenara al pago de alimentos se concediera tanto para pagos vencidos como por vencer. Lo más similar es el convenio de La Haya sobre cobro de alimentos de 2007, cuyo art. 32.5 abre la vía de la *ultraprotección* del acreedor y señala que el plazo de prescripción para la ejecución de atrasos se determinará conforme a la ley del Estado de origen o la de Estado requerido, según la que establezca el plazo más largo<sup>25</sup>. Fuera de esa regla, el apartado 4<sup>26</sup> constituye la plasmación de la primacía en la materia de la *lex causae*, en este caso proyectada hacia el futuro<sup>27</sup>.

Visto todo el panorama, los objetivos y los elementos de comparación<sup>28</sup>, no es fácil explicar que la prescripción del derecho a recibir alimentos apareciera configurada como causa de oposición a la ejecución en el art. 33 de la propuesta de reglamento, sin demasiadas explicaciones<sup>29</sup>.

### III. Elementos para la duda (memorial para escépticos).

9. ¿Por qué se da entrada a una multiplicidad de leyes sustantivas en el momento de la ejecución? A falta de la más mínima explicación en los documentos oficiales, cabe intuir -sin demasiada convicción, es cierto- que todo derive del problema calificadorio: El Libro verde sobre obligaciones alimenticias alertaba de que cuando los tribunales cuyo ordenamiento califica el tema de la prescripción como procesal -los de *common law*- reciben una solicitud de ejecución de una decisión extranjera no eluden el control según su propio sistema de la prescripción del derecho, por más que los instrumentos internacionales lo califiquen como cuestión de fondo<sup>30</sup>. Así las cosas, visto que no parecía posible corregir esa práctica, se ha optado por extender a los ordenamientos de *civil law* -admítase la fórmula- la facultad de invocación y aplicación de las reglas sobre prescripción, optando por la más generosa, con voluntad de protección de los acreedores. Dicho de otra forma, si ese artículo no existiera un tribunal español no podría prestar atención a normativas sustantivas distintas a la aplicada en el título para saber si puede despachar ejecución o no de una condena a alimentos, constreñido a no salirse del contenido de la resolución extranjera y a proyectar sobre ella el art. 518 LEC.

<sup>24</sup> Libro verde sobre obligaciones alimentarias, p. 24, documento de 15 de abril de 2004. COM(2004) 254 final. Ciertamente, no se contenía sugerencia o indicación alguna sobre cuáles debían ser los motivos de denegación de la ejecución.

<sup>25</sup> Adviértase que la decisión queda en esta norma alterada mínimamente: Cuando se habla de atrasos se hace referencia exclusivamente a los alimentos no pagados, pero recogidos en la resolución. Nada se excepciona para los alimentos retroactivos (es decir, los relativos a periodos previos a la demanda), sometidos a la regla general de caducidad del título.

Se trata de una pura opción por el *favor creditoris* que difiere las cuestiones concretas (*dies a quo*, plazos, forma de cómputo) a los sistemas jurídicos nacionales: CH. A. KERN, "Haager Übereinkommen vom 23. November 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen, art. 33", en T. RAUSCHER (ed.) *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, 2015, Colonia, p. 1034.

<sup>26</sup> «Tendrán efecto todas las normas relativas a la duración de la obligación alimenticia aplicables en el Estado de origen de la decisión».

<sup>27</sup> Aunque el tenor literal de la disposición lleva a preferir la aplicación de la ley sustantiva del Estado de origen, el informe oficial anexo al convenio a cargo de A. BORRÁS y J. DEGELING evidencia que en esa fórmula deliberadamente genérica se incluyen normas sustantivas y normas de conflicto (*vid.* en p. 192).

<sup>28</sup> Las leyes de Derecho internacional privado que en el momento en el que se inician los trabajos eran el máximo referente (suiza, alemana e italiana) tampoco contienen previsión alguna en ese sentido.

<sup>29</sup> Posibilidad de denegación o suspensión, total o parcial, de la ejecución de una resolución judicial si el derecho a obtener la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional había prescrito total o parcialmente (inciso d).

<sup>30</sup> Libro verde sobre obligaciones alimentarias, presentado por la Comisión. Bruselas, 15 de abril de 2004 COM (2004) 254 final, p. 11. El compromiso de Reino Unido de corregir esa práctica viene recogido asimismo en International Network of Lawyers, *Le recouvrement des pensions alimentaires en Europe*, s. f. p., p. 32.

**10.** ¿Y cuáles son esas dudas? ¿Qué problema hay? A mi entender, es crucial la confusión de fases. Se permiten juicios extemporáneos en ejecución. ¿Desde cuándo se puede introducir alegaciones propias del declarativo en este momento? Incluso más y en general, si el modelo europeo era de control exhaustivo de las decisiones judiciales por el Estado de origen, con radical interdicción de cualquier revisión ulterior del fondo, no cabe ahora que cuestiones cuya sede natural se halla en el declarativo sean verificadas en una fase que en principio es automática.

Ahora tenemos una regla general que dice que la ejecución se somete a la *lex fori* y una excepción que permite tener en cuenta los datos sobre disciplina del derecho objeto de debate tal y como aparezcan regulados en sistemas algún de los cuales necesariamente no es la *lex causae*. Es chocante que se quiebre en un momento atípico la norma sobre ámbito de aplicación de esta ley, penetrando en ella, revisando qué es lo que dice y desplazándola en su caso<sup>31</sup>. El informe del Convenio de La Haya de 2007 abogaba, como vimos, por una comprensión amplia de la referencia al Derecho de tal o cual Estado, lo que al menos contribuye a la armonía de soluciones (en la medida en que los dos tribunales en presencia han aplicado la misma norma de conflicto y por lo tanto la misma ley); pero aquí no contamos con una indicación en ese sentido (entre otras cosas porque no existiría alternativa, al conducir a resultados idénticos, como acabamos de ver). Así las cosas, lo normal es que haya conocido el tribunal de residencia habitual del acreedor, que habrá aplicado su propia ley, mas esa coincidencia no es inexorable, de modo que el art. 21 está tolerando que sistemas jurídicos del todo ajenos a las finalidades que inspiraron el diseño de los criterios de conexión en este tema (el del juez de origen y el de la ejecución) interfieran en la asignación definitiva de alimentos. Está fuera de toda duda que con ello se hace más complejo el razonamiento<sup>32</sup>. Que esto fomente la posición de los acreedores es bastante dudoso.

**11.** En segundo lugar, el mecanismo de defensa sólo opera cuando los dos ordenamientos en presencia lleven a conclusiones extintivas<sup>33</sup>. La correcta puesta en funcionamiento de la norma depende por ello de la toma en consideración y comparación de los dos ordenamientos en presencia (ambos), pero para ello será necesario aportar la prueba (perfecta) de la ley extranjera. Evidentemente, se puede admitir sin ambages que el deudor que tenga interés en exonerarse del pago haciendo uso de la excepción tendrá que tomar la iniciativa, mas aquí irrumpen dos problemas<sup>34</sup>: i) La norma habla de prescripción de un derecho, y ello exige una prueba concreta no sólo de las normas sino de las vicisitudes relativas -en particular- a inicio del plazo y formas de interrupción de la prescripción. Todo menos fácil, en definitiva<sup>35</sup>. Pues bien, la normativa de la LEC ofrece poco margen para su correcto desenvolvimiento: Se ha añadido una causa de oposición por motivos de fondo a las previstas en la ley rituarial (art. 556), y eso quiere decir que, despachada la ejecución, se concede al ejecutado un plazo de diez días para oponerse, mientras que el 560 habla de cinco días para impugnar la oposición. Pues bien, que las partes puedan proveerse de la prueba de la ley extranjera con esos plazos tan breves es realmente arduo, y tampoco las normas sobre el desarrollo de la vista en juicio verbal dan demasiado margen -ni

<sup>31</sup> Llevando al extremo la forma de operar de la norma, cabría preguntarse por qué no puede un deudor solicitar directamente la modificación de una resolución invocando su propio ordenamiento o el del Estado de origen si le resultan más beneficiosos que el aplicado, supuesto que al fin y al cabo es eso mismo lo que puede hacer en fase de ejecución. O sea: Si incumple tendrá la posibilidad de hacerlo; si no, no.

<sup>32</sup> Y no se pierda de vista que no en todos los países las ejecuciones corren a cargo de tribunales, profesionales del Derecho. Es patológico encomendar la administración de esta norma a un órgano administrativo.

<sup>33</sup> Y por supuesto en estas circunstancias se podrá volver a intentar la ejecución en otro país donde existan bienes y el plazo de prescripción no se haya extinguido: M. ANDRAE/M. SCHIMRICK, "Verordnung (EG) Nr 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen: Art. 21", en T. RAUSCHER (ed.) *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, 2015, Colonia, pp. 648-649.

<sup>34</sup> Cabe augurar que el resultado será que al final sólo el Derecho del foro entrará en juego como término de comparación.

<sup>35</sup> Téngase en cuenta que en algunos sistemas el plazo se inicia el último día del año en que se haya generado el derecho (Polonia, art. 137 del Código de familia y tutela; Alemania por ejemplo, § 199 BGB, que añade el dato del conocimiento por al acreedor), en otros desde el vencimiento (art. 2224 *Code civil* francés), en otros el plazo se inicia con la mayor edad en caso de alimentos a menores (Portugal). Añádese a estas diferencias de matiz las complicaciones exigidas por la prueba de acontecimientos cruciales: En Chipre, por ejemplo, se excluye para el cómputo (dos años) el tiempo que el deudor hubiera permanecido fuera del territorio chipriota; en Suecia el plazo general de tres años puede verse ampliado si el deudor lo acepta.

a los litigantes ni al tribunal- para suspender e investigarla<sup>36</sup>; ii) Como lo normal es no poder satisfacer esa exigencia, lo siguiente es saber cómo actuar en los casos en los que no se ha logrado probar el Derecho extranjero: ¿Se aplica el art. 33 LCJI? Si la respuesta es afirmativa, ¿siempre? En este caso se puede estar aplicando la ley del foro sin tener la certidumbre de que la ley del Estado de origen prevé plazos más amplios, con la consiguiente quiebra del modelo. Si se opta por un “depende”, ¿cuándo y en qué condiciones? Lo que era presupuesto esencial se desvanece.

Permitaseme añadir que la ley procesal española no puede decir otra cosa distinta, no se puede flexibilizar. Lo que está mal diseñado no es el proceso civil de ejecución patrio: El defecto viene del reglamento<sup>37</sup>

**12.** En tercer lugar, resulta paradójico que en el núcleo de la cooperación más estrecha dentro del espacio europeo existe esta posibilidad de control, que sin embargo no existe en relación con los Estados con los que la vinculación es menos fuerte. Para las resoluciones (transacciones y documentos públicos, es claro) procedentes de Dinamarca en todo caso y para las de Gran Bretaña dictadas en procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio (31 de diciembre de 2020<sup>38</sup>) se sigue el modelo de los arts. 23 ss. del reglamento, que no prevé nada del estilo. Pero si se trata de un crédito alimenticio no impugnado certificado como tal por las autoridades danesas al amparo del reglamento 805/2004, este cauce será válido y tampoco habrá lugar a esta oposición, lo mismo que tampoco existe cuando se trate de decisiones a las que se aplique el convenio bilateral en materia de alimentos con Uruguay, los bilaterales de alcance general, el de La Haya sobre cobro de deudas de alimentos de 2007 o la LCJI.

**13.** Si la norma fuera clara los resultados en la jurisprudencia serían concurrentes. Pues bien, en España existen -salvo error tanto mío como de la base de datos- dos pronunciamientos que la manejan. Uno el que comento, otro el AAP de Huelva de 2 julio 2019: Si en aquel se interpretaba que había que aplicar cumulativamente el art. 518 LEC y las normas sobre prescripción de derechos (aunque recuérdese que todo pivota en torno al art. 1966.1 CC), en este se mantiene algo parecido a lo contrario, al aseverar que «...debe decirse que la prescripción que se alega del derecho a pedir alimentos, es una alegación de fondo que debería haberse hecho en el proceso declarativo en el Estado de origen, sin que sea de aplicación el art. 21.2 del Reglamento que invoca el recurrente, dado que se refiere a la prescripción de la acción para pedir la ejecución, lo que debe entenderse a la vista de la redacción del precepto, con la caducidad de la acción ejecutiva, que obviamente no concurre en este caso de reclamación de prestaciones periódicas como los alimentos de hijos menores, en las que el plazo no se cuenta desde la firmeza de la resolución que acuerda el devengo, sino desde que se devenga la cantidad reconocida»<sup>39</sup>. Lo que hizo la Audiencia de Huelva fue fingir que el famoso art. 21 del reglamento no existe, limitando el razonamiento a lo que dispone la LEC española y sin la menor referencia al Derecho del Estado de origen. Justo lo contrario de lo que hace la de Lérida, aunque haya reclamado la toma en consideración de los plazos de fondo<sup>40</sup> y de los procesales<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> No estamos en el declarativo, es claro. Todo tiene que desarrollarse con celeridad, y, en consecuencia, la aplicación de las reglas sobre anuncio de dictámenes y aportación posterior no se ajusta a las exigencias propias del trámite.

<sup>37</sup> Piénsese además en la eventualidad de que el título extranjero no sea firme, que no sea ejecutivo en el Derecho del foro y que el tribunal de origen no haya uso de la facultad concedida en el art. 39 del reglamento para declarar su fuerza ejecutiva provisional: Desde luego, un incidente así contribuye bien poco a la promoción de los intereses del acreedor (no se puede extender las soluciones del sistema patrio a una resolución extranjera, porque no le se puede atribuir lo que no tienen de origen).

<sup>38</sup> 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 (2019/C 384 I/01), art. 67.

<sup>39</sup> N° 276/2019. La Audiencia descarta la aplicabilidad de las causas de oposición del art. 557 LEC entre las que se cita la prescripción o caducidad.

<sup>40</sup> «...la normativa aplicable a efectos de prescripción no es el Código Civil de Cataluña sino el Código Civil, esto es, el Derecho común del Estado miembro de ejecución, lo que nos remite al plazo de prescripción de cinco años previsto en el art. 1.966-1 del CC».

<sup>41</sup> La batería de referencias y fechas del fundamento sexto está pensando exclusivamente en el día en el que se presentó la solicitud de ejecución en España de la sentencia polaca.

**14.** Hay además en la resolución analizada tres detalles sobre los que quisiera llamar la atención:

- a. Un déficit de congruencia: Dice el fundamento tercero que el deudor no ha planteado nada sobre eficacia del título ni sobre la cuantía. La puesta en funcionamiento de la norma queda a expensas de la formulación de oposición por el ejecutado, nunca de oficio, con lo que no se sabe cómo ha hecho la Audiencia para aplicar el CC. Pero es que, además, si alega la caducidad del título, no cabe estimar prescripción del derecho. El ejecutante impugna la oposición en base a unas alegaciones relativas al título en tanto que tal, y seguramente no dijo nada sobre el fondo: Su argumentación se tuvo que mover en el terreno de juego delimitado por la normativa procesal, no por las leyes sustantivas. Si esto no es indefensión...
- b. Por supuesto que no se discute que, estimado el recurso, no se impongan las costas de la alzada a ninguna de las partes, mas la AP impone las de la primera instancia al ejecutado: Cabe preguntarse si a la luz de todo lo anterior no hay espacio para hablar de serias dudas de Derecho y consiguientemente no imposición en ningún caso: El tajante art. 561.1 LEC no puede ser entendido de forma tan rígida como expresa, porque se remite al 394, cuyo apartado 1 concede al tribunal una cierta capacidad de moderación, que podría haber usado (cuestión distinta es que el ejecutante se vea perjudicado por una norma deficiente).
- c. ¿Cómo puede ser que la abogacía del Estado tarde tres años en solicitar del despacho de ejecución? Podremos estar de acuerdo en que se deben agotar las posibilidades de solución amistosa (art. 51 del reglamento), pero tres años sin actuar ante los tribunales parece que desborda los límites de la prudencia. Por consiguiente, es razonable afirmar que se abre la vía de la reclamación por la responsabilidad patrimonial de la administración, en los términos previstos en la ley 40/2015: La ley prevé una responsabilidad objetiva por daños y perjuicios antijurídicos, y resulta que: i) existe un daño efectivamente sufrido, real, evaluable económicamente e individualizable (art. 32), consistente en la diferencia entre lo que se tenía derecho a cobrar y lo que la entidad polaca de previsión haya abonado<sup>42</sup>; ii) la dilación ha sido la causa inmediata, directa y eficiente de los daños; iii) no consta que haya habido otra causa o factor que rompiera o interviniera en la relación de causalidad. No hay discrecionalidad. Existe una diferencia crucial en estos casos entre la actuación de un abogado y la de la autoridad central española (y por ende de la abogacía del Estado), porque mientras que en el primer caso existe un elemento de aleatoriedad (los resultados no están garantizados) y sólo es exigible que se comporte conforme a la *lex artis*, de manera que sólo es indemnizable «una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual»<sup>43</sup>, en el segundo la discrecionalidad judicial desaparece, al menos en la primera de las actuaciones exigibles, que es presentar la demanda ejecutiva. Es un acto debido, bien perfilado por el reglamento 4/2009, y su resultado no ofrece margen de duda (las expectativas de éxito son más que fundadas).

#### IV. Conclusión resignada

**15.** Se puede descartar la idea de reconducir la norma del art. 21.2 del reglamento 4/2009, interpretarla en clave de racionalidad, ajustarla a los demás principios inspiradores del sistema. Es demasiado contundente, y no deja opción sino para su aplicación estricta. Consecuentemente, cuando a un operador jurídico se le pida la ejecución de una resolución extranjera que condene al pago de una prestación de alimentos puede encontrarse con que el ejecutado formula como causa de oposición la extinción del de-

<sup>42</sup> La ley polaca de 7 de septiembre de 2007 sobre asistencia a personas que tienen derecho a percibir pensión alimenticia es bastante cicatera, estableciendo umbrales muy bajos para tener derecho a recibir prestaciones. Informaciones más detalladas aparecen en [https://e-justice.europa.eu/content\\_maintenance\\_claims-47-pl-es.do?member=1#toc\\_13](https://e-justice.europa.eu/content_maintenance_claims-47-pl-es.do?member=1#toc_13)

<sup>43</sup> La doctrina viene bien recogida en las SSTs 22 abril 2013 y 10 junio 2019, por ejemplo.

recho a recibirlos, sea en el ordenamiento del Estado de origen de la resolución sea en el ordenamiento propio. La puesta en funcionamiento de la controvertida disposición pasa, en buena y ortodoxa lógica, por conocer qué dicen los ordenamientos en presencia, y a partir de la comparación llegar -en su caso- a declarar extinguido total o parcialmente el derecho a recibir pensión alguna. Se consigue así que lo que estaba disciplinado por el Derecho reclamado por la norma de conflicto (la del Protocolo de La Haya de 2007) pase a depender de las soluciones previstas en sistemas que no fueron los queridos por los legisladores que la elaboraron. O sea, que lo que el reglamento ha hecho ha sido modificar el art. 11 del Protocolo sin contar con norma habilitadora alguna. He aquí un ejemplo de incumplimiento de obligaciones internacionales, en definitiva.

CRITERIOS DELIMITADORES DEL CONCEPTO  
DE RESIDENCIA HABITUAL EN LAS CRISIS MATRIMONIALES  
INTRACOMUNITARIAS: A PROPÓSITO DEL AUTO  
DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020 DE LA SECCIÓN DÉCIMA  
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

DELIMITING CRITERIA OF THE HABITUAL RESIDENCE  
CONCEPT IN THE INTRACOMUNITY MARRIAGE CRISIS:  
JUDICIAL ORDER OF NOVEMBER 12, 2020 OF THE TENTH  
SECTION OF THE VALENCIA PROVINCIAL COURT

MARTA CASADO ABARQUERO

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Deusto*

ORCID: 0000-0002-7228-4044

Recibido: 16.06.2021 / Aceptado: 08.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6285>

**Resumen:** En el presente auto la Audiencia Provincial de Valencia aborda una vez más el problema de fijar los límites, en frecuentes ocasiones difusos, entre el cambio de la residencia habitual o el mero traslado temporal. Concretamente, debe decidir si el traslado de residencia habitual con vocación de permanencia que resulta frustrado al cabo de dos únicos meses por la existencia de una crisis matrimonial sobrevenida e inesperada, determina la pérdida del carácter habitual de la residencia anterior.

**Palabras clave:** residencia habitual, crisis matrimonial, responsabilidad parental, Reglamento 2201/2003.

**Abstract:** In the present order, the Provincial Court of Valencia faces once again the frequent problem of setting the limits, often blurred, between the change of the habitual residence or its mere temporary transfer. Specifically, it must decide whether the transfer of the habitual residence with the intention to stay which is frustrated after only two months due to the existence of an unexpected marital crisis, determines the loss of the habitual character of the previous habitual residence.

**Keywords:** habitual residence, marital crisis, parental responsibility, Regulation 2201/2003.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho. II. Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales intracomunitarias: Marco jurídico. 1. El Reglamento Bruselas II-bis: delimitación de su ámbito de aplicación. 2. El Reglamento Bruselas II-bis: Foros de competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. 3. El Reglamento Bruselas II-bis: Foros de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. III. Criterios delimitadores el concepto “Residencia Habitual” en el Reglamento Bruselas II-bis. 1. Intencionalidad de permanencia o animus manendi. 2. Duración y regularidad de la residencia. 3. Integración en un entorno social y familiar. IV. Valoración final.

## I. Antecedentes de hecho

1. El matrimonio compuesto por Marta y Pablo tenía fijado su domicilio en Valencia desde octubre de 2015. En noviembre de 2017 la esposa aceptó un trabajo en Francia pero la pareja acordó que el padre se quedaría en Valencia con los hijos hasta ver cómo evolucionaba el trabajo de ella en el país gallo. En marzo de 2019 el matrimonio consideró el trasladar definitivamente su residencia a Francia. Por ello, matricularon a los hijos menores de edad en un colegio francés para el curso 2019-2020. Además, alquilaron una vivienda de mayores dimensiones en una localidad cercana a París, más cómodo para las rutinas familiares que el pequeño apartamento en el que Marta vivía en la capital francesa. Finalmente, el 24 de julio de 2019 la familia subió a un avión sin billete de vuelta para trasladarse a la ciudad francesa, donde estuvieron viviendo juntos hasta el 24 de agosto, fecha en la que el matrimonio tuvo una fuerte discusión que motivó la ruptura matrimonial.

2. En la resolución comentada se aportan otros datos fácticos que no parecen concluyentes para la resolución del caso. Así, se nos dice que *“(...) que los niños estaban matriculados para el curso 2019-2020 en un colegio de Valencia. Sin embargo, se desconoce el momento en que fueron matriculados y si la matriculación se hizo con el conocimiento y el consentimiento de ambos progenitores, al contrario de lo que ocurría con la matrícula del colegio francés, de la que se conoce su fecha exacta de solicitud y que se hizo con el consentimiento de ambos progenitores. (...) Tampoco constan las razones por las que el contrato de arrendamiento del domicilio de Valencia no fue prorrogado. Tan solo consta la voluntad contraria del arrendador de prorrogar el contrato, sin que pueda saberse si fue una decisión de la demandada comunicada al arrendador. (...) La tarjeta sanitaria provisional de los niños se encuentra emitida en septiembre de 2019, cuando ya se había producido la discusión de la pareja que motivó definitivamente la ruptura matrimonial. La mera inscripción en el padrón, solo puede tener efectos administrativos, debiendo vencer el criterio del lugar donde realmente radicó la familia por última vez”*. En definitiva, se trata de pruebas aportadas por el progenitor (o incluso podríamos hablar de “pruebas construidas” por éste) para intentar revertir la decisión de trasladar de forma permanente el domicilio de la familia a Francia.

3. En este contexto de crisis matrimonial, Pablo interpone demanda de divorcio ante los Juzgados de Primera Instancia de Valencia. En ella se solicitaba la disolución del matrimonio y la determinación de las medidas definitivas derivadas de la disolución matrimonial, incluidas las relacionadas con los hijos comunes. Sin embargo, con fecha 13 de enero de 2020, el Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Valencia estimó la declinatoria presentada por la esposa y declaró la falta de competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la misma. El auto fue recurrido ante la Audiencia Provincial de Valencia, dando lugar al auto que es objeto de análisis en este trabajo<sup>1</sup>.

4. Como puede intuirse, el eje sobre el que gira el debate jurídico es la definición del concepto de última residencia habitual de la familia. El recurso de apelación se fundamenta en que Valencia es el lugar de residencia habitual de la familia, mientras que la oposición al recurso de apelación se centra en defender que ésta radica en el país vecino.

## II. Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales intracomunitarias: Marco jurídico

### 1. El Reglamento Bruselas II-bis: delimitación de su ámbito de aplicación

5. El marco jurídico de aplicación al caso viene determinado por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la

<sup>1</sup> ECLI:ES:APV:2020:3271A

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>. También conocido como Reglamento Bruselas II-*bis*.

6. En ocasiones los juzgados han interpretado incorrectamente el ámbito de aplicación de este instrumento jurídico. No es infrecuente que nuestros órganos jurisdiccionales hayan basado su competencia judicial internacional en la LOPJ en supuestos en que, pese a haber un elemento internacional (en este caso el traslado de la familia a Francia), ambos cónyuges y sus hijos comunes son nacionales españoles<sup>3</sup>. Por ello, creemos que es necesario hacer una breve referencia al ámbito de aplicación de este instrumento jurídico comunitario, que introduce en los Estados miembros normas uniformes sobre competencia judicial internacional (Capítulo II) y sobre reconocimiento de resoluciones judiciales (Capítulo III) en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

7. El ámbito de aplicación material viene definido por el artículo 1 del mismo. Así, el Reglamento se aplica a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Esta última, a título ilustrativo, incluye el derecho de custodia y el derecho de visita, la tutela, el acogimiento y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia (art. 1. 2)<sup>4</sup>.

8. Mayor confusión plantea la comprensión del ámbito de aplicación personal del Reglamento comunitario. En principio, según el artículo 6 RB II-*bis*, los foros de competencia judicial internacional previstos en los artículos 3 a 5 serán aplicables en los supuestos en que uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de uno de ellos (o, en el caso de Irlanda, tenga su «domicile» en territorio irlandés. Sin embargo, si ninguno de los órganos jurisdiccionales de un estado miembro resultara competente con arreglo a estos preceptos, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro podrán declararse competentes en virtud de los foros previstos en sus normas de producción interna, con independencia de la nacionalidad del demandado, y de que éste tenga o no su residencia habitual en un Estado miembro. Y ello siempre que el demandante sea un nacional de un Estado miembro que, a su vez, tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro (artículo 7)<sup>5</sup>.

9. Pocos problemas debiera plantear en la actualidad (tras más de 15 años desde su entrada en vigor) la correcta aplicación del ámbito de aplicación temporal y territorial. En relación con el primero, el Reglamento Bruselas II-*bis* se viene aplicando a las acciones judiciales ejercitadas desde el 1 de marzo de 2005 (artículo 64.1). Y lo mismo sucede con su ámbito de aplicación espacial, este instrumento

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

<sup>3</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJUE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30, 2008, pp. 457-482.

<sup>4</sup> Sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, véase, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27.11. 2003)”, *InDret*, 2004. En el comentario la autora critica el que el legislador haya perdido de incluir los aspectos que afectan al ámbito patrimonial. E igualmente se ha perdido la ocasión de atender a las rupturas de pareja distintas de la matrimonial. Sin embargo, en la actualidad esta carencia ha sido corregida con el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183, de 8 de julio de 2016) y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183, de 8 de julio de 2016).

<sup>5</sup> Con ello el legislador comunitario pretende facilitar, a través del Reglamento Bruselas II-*bis*, a los nacionales de un Estado miembro cuyo divorcio resulta imposible en la Unión Europea, el recurrir a las normas de producción interna de cada Estado miembro para conseguir una sentencia de divorcio europea. En este sentido, A.L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis Matrimoniales”, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, págs. 234 y 235.

jurídico se aplica por los tribunales de todos los Estados miembros de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca<sup>6</sup>.

## 2. El Reglamento Bruselas II-bis: Foros de competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial.

10. Pese a la existencia de unos foros electivos o alternativos muy amplios, el auto analizado concluye en su Fundamento de Derecho Tercero que “*no nos encontramos ante ninguno de los supuestos previstos en el artículo 3 del Reglamento puesto que de la prueba que consta en autos se deduce que el último domicilio común de los cónyuges se encontraba en Francia, sin que sean atendibles las alegaciones del recurrente de que su estancia era meramente provisional*”.

11. Una lectura del artículo 3 RB II-bis permite concluir que los tribunales españoles serían competentes para conocer de la demanda de divorcio en el supuesto de que radicara en nuestro país: (i) la residencia habitual de los cónyuges; (ii) o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; (iii) o la residencia habitual de la esposa demandada; (iv), o, en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; (v) o la residencia habitual del marido demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; (vi) o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda; (vii) o en el caso de que ambos cónyuges ostenten la nacionalidad española<sup>7</sup>.

12. En definitiva, la competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial se construye principalmente sobre el criterio de la residencia habitual de las partes, individual o conjuntamente consideradas (artículo 3.1 RB II-bis). Sin perjuicio de que el legislador haya contemplado también la conexión nacionalidad común de los cónyuges (artículo 3.2 RB II-bis). El peso de la conexión residencia habitual frente a al criterio de la nacionalidad en el listado de fueros alternativos (seis foros frente a uno) resulta evidente. Y la razón es clara: la conexión residencia habitual vincula de forma más estrecha el proceso al lugar en el que los cónyuges desarrollan su vida social, laboral y familiar<sup>8</sup>.

13. En el asunto analizado los tribunales españoles podrían ser competentes para conocer de la demanda de divorcio puesto que ambos esposos tienen nacionalidad española. En este sentido, se equivoca la Audiencia Provincial cuando dice en su Fundamento de Derecho Segundo que los tribunales españoles no son competentes para conocer del divorcio. Sí lo serían en virtud del criterio de la conexión nacionalidad común. Pero, como veremos en el epígrafe siguiente<sup>9</sup>, esta competencia no sería extensible a la cuestión de la responsabilidad parental sobre los menores, y provocaría un fraccionamiento del proceso.

<sup>6</sup> Sobre la situación actual del Reino Unido, ver el art. 67 del *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community* (DOUE L 29, de 31 de enero de 2020).

<sup>7</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del régimen del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, 2014, vol. 21, pp. 5-22.

<sup>8</sup> L. A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo: comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, vol. 12, p. 661. Además, sobre el clásico debate entre nacionalidad y residencia habitual, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, vol. 2, pp. 186-202; L.A. Pérez Martín, “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, vol. 18, pp. 469-494.

<sup>9</sup> Párrafo 17.

14. En definitiva, la única posibilidad de plantear conjuntamente ambas cuestiones ante un mismo órgano jurisdiccional sería atendiendo al criterio de la residencia habitual. El problema consiste en localizar la residencia habitual en los supuestos de traslado de ésta a otro Estado con vocación de permanencia, cuando aquél resulta frustrado al cabo de dos únicos meses por la existencia de una crisis matrimonial sobrevinida e inesperada. Pese al escaso tiempo transcurrido desde el traslado de la residencia de la familia a Francia (en julio de 2019) hasta el momento de la interposición de la demanda de divorcio (finales de 2019), la Audiencia Provincial considerará que el traslado al país galo no tuvo carácter temporal u ocasional y que, por lo tanto, la última residencia habitual de las partes, individual o conjuntamente consideradas, está en Francia. Así argumentado, la competencia judicial internacional para conocer de la demanda de divorcio y de medidas relativas a la responsabilidad parental correspondería a los órganos jurisdiccionales franceses.

### 3. El Reglamento Bruselas II-bis: Foros de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

15. El artículo 8.1 RB II-bis establece el principio de que la competencia general de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en materia de responsabilidad parental se establece en función del lugar en que se encuentre la residencia habitual del menor en el momento en que se inicia un procedimiento ante el órgano jurisdiccional.

16. El artículo 13.1 del Reglamento consagra lo que ha venido denominándose la competencia residual basada en la presencia del menor para aquellos supuestos en que no pueda determinarse la residencia habitual del mismo. En estos casos, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el niño. Pero, como acertadamente ha manifestado en múltiples ocasiones el TJUE, la mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual de éste<sup>10</sup>. En cualquier caso, resulta evidente que este criterio de competencia judicial internacional no sería aplicable al caso que nos ocupa, puesto que como acertadamente señala la resolución analizada no estamos ante un supuesto de menores errantes sin una residencia habitual fija.

17. Finalmente, el Reglamento comunitario prevé otro elenco de criterios de localización de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, pero ninguno de ellos podría desplazar en el asunto analizado al criterio general de la residencia habitual de los niños menores de edad. Así, si se hubiera tratado de un tema relativo a la modificación de medidas, los tribunales españoles (es decir, los de la residencia habitual anterior del menor) seguirían siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia para modificar las medidas de responsabilidad parental relativas al derecho de visita dictadas en dicho Estado miembro (art. 9.1)<sup>11</sup>. Además, tampoco es posible recurrir a las dos posibilidades de prórroga de la competencia previstas en el Reglamento: una, a favor de los tribunales del Estado miembro que conocen el divorcio de los padres (*forum divortii*); y, otra, a favor del Estado miembro próximo o estrechamente vinculado al menor (art. 12)<sup>12</sup>. Y nos es posible porque en ambos casos sería necesario que tal prórroga hubiera sido aceptada “*expresamente o de cualquier*

<sup>10</sup> STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus – Finlandia* (ECLI:EU:C:2009:225), ap. 33.

<sup>11</sup> Es el caso del auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 66/2018, de 19 de abril (ECLI:ES:APIB:2018:66), comentado por la Dra. D. GLUHAIA en “Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2019, vol. 11, pp. 751-757. O del auto 480/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:11725A), comentado por la Dra. P. PEITEADO MARISCAL en “Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, vol. 12, pp. 1358-1385.

<sup>12</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias ...”, *Op. Cit.* en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11. 2003)”, *InDret*, 2004, pp. 6-9.

*otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor”.*

### III. Criterios delimitadores el concepto “Residencia Habitual” en el Reglamento Bruselas II-bis

18. Enmarcado los términos del debate jurídico, el análisis de la pertinencia de la solución alcanzada por la Audiencia Provincial de Valencia radica en la interpretación que debe hacerse del concepto “residencia habitual” en el Reglamento Bruselas II-bis. Se trata de un problema planteado de forma recurrente ante los órganos jurisdiccionales internos<sup>13</sup> y, por ende, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en forma de cuestión prejudicial. Ha sido este tribunal quien a través de infinidad de sentencias ha ido delimitando los perfiles de este concepto, que en múltiples ocasiones han demostrado tener un carácter muy difuso.

19. Desde este momento debemos adelantar que el Reglamento 2201/2003 no contiene una definición del concepto “residencia habitual”. Ante la falta de ésta no debemos aplicar, sin más, los criterios interpretativos internos de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que debemos recurrir a la denominada “interpretación autónoma”. Es decir, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión Europea, no solo deberemos tener en cuenta su tenor literal, sino también el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte<sup>14</sup>. Y todo ello prestando especial atención a la génesis de la disposición porque puede revelar elementos pertinentes que ayuden a su interpretación<sup>15</sup>. En concreto, el objeto perseguido por las normas de competencia de competencia judicial internacional en el ámbito de la responsabilidad parental está claramente establecido en el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II-bis, cuando manifiesta que *“están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”*<sup>16</sup>.

20. Además, el TJUE también nos ha advertido que la jurisprudencia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea, no puede trasladarse directamente

---

<sup>13</sup> En relación con el concepto de residencia habitual en el marco de la sustracción internacional de menores, en el marco del Derecho comparado resulta de gran utilidad INCADAT. Se trata de una base de datos jurídica relativa al Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, accesible online y mantenida por la Conferencia de La Haya (<https://www.incadat.com/es>). Dentro de la sección “Análisis de jurisprudencia” se puede acceder a la jurisprudencia de diferentes Estados contratantes y proporciona estas pautas generales sobre la definición del concepto «residencia habitual»: *“La interpretación del concepto central de residencia habitual (Preámbulo, art. 3, art. 4) ha demostrado ser cada vez más problemática en años recientes con interpretaciones divergentes que surgen de distintos Estados contratantes. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. Al menos en parte como resultado, la residencia habitual puede parecer constituir un factor de conexión muy flexible en algunos Estados contratantes y mucho más rígido y reflejo de la residencia a largo plazo en otros.*

*La valoración de la interpretación de residencia habitual se torna aún más complicada por el hecho de que los casos que se concentran en el concepto pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas. A modo de ejemplo, la residencia habitual puede tener que considerarse como consecuencia de una mudanza permanente, o una mudanza más tentativa, aunque tenga una duración indefinida o potencialmente indefinida, o la mudanza pueda ser, de hecho, por un plazo de tiempo definido”.*

<sup>14</sup> STJUE de 6 de octubre de 2020, asunto C-181/19, *Jobcenter Krefeld*, (ECLI:EU:C:2020:794), ap. 61 y jurisprudencia citada.

<sup>15</sup> STJUE de 20 de diciembre de 2017, asuntos C-397/16 y C-435/16, *Acacia y D’Amato*, (ECLI:EU:C:2017:992), ap. 31 y jurisprudencia citada.

<sup>16</sup> STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus* (ECLI:EU:C:2009:225), ap. 35, 37 y 39; STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829), ap. 46 y 47; STJUE de 9 de octubre de 2014, asunto C-376/14, *C* (ECLI:EU:C:2014:2268), ap. 51 y 52; y STJUE de 15 de febrero de 2017, asunto, C-499/15, *W y V* (ECLI:EU:C:2017:118), ap. 60.

al marco de la apreciación de la residencia habitual de los menores en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento<sup>17</sup>.

21. Expuesto lo anterior, y según un enfoque consolidado en la jurisprudencia del TJUE, la determinación de la residencia habitual supone un examen fáctico en cada asunto particular. Así, la residencia habitual del menor en el sentido del artículo 8.1 del Reglamento debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso. Dicho en otros términos, para fijar la residencia habitual, no sólo es necesaria la presencia física del menor en un lugar concreto, sino que deben concurrir una serie de elementos adicionales. A continuación, analizaremos los criterios delimitadores del concepto residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE, partiendo de la premisa de que no existen dos casos iguales<sup>18</sup>.

### 1. Intencionalidad de permanencia o *animus manendi*.

22. La intención de permanecer en un lugar es un elemento que marca la diferencia entre la residencia habitual y una simple estancia temporal. Y ello con independencia de la duración de la misma, que constituirá un mero indicio en la evaluación de la existencia o no de estabilidad suficiente.

23. Por ello, un traslado con vocación de permanencia determina que el cambio de ubicación durante tres meses pueda conllevar un cambio de residencia habitual, mientras que una persona puede permanecer en un nuevo país durante dos años sin que esto modifique su residencia cuando el traslado se produce, por ejemplo, con ocasión de un desplazamiento temporal por motivos laborales. En definitiva, para el traslado de la residencia habitual debemos atender especialmente a la voluntad del interesado de fijar en el Estado de acogida su centro permanente o habitual de intereses con la intención de conferirle un carácter estable. No obstante, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la intención de los padres no es decisiva por sí misma para modificar la residencia habitual de un menor en el sentido del Reglamento Bruselas II-bis, aunque constituye un indicio que puede completarse con otro elenco de elementos concordantes<sup>19</sup>.

24. Así, el TJUE en su sentencia de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07 afirmó que la residencia habitual de un menor, en el sentido del apartado 1 del artículo 8 del Reglamento, debía determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso. En dicho asunto, el menor había sido desplazado por sus padres de un Estado miembro a otro. La cuestión que se planteó era si su residencia habitual también había sido modificada, pese a la brevedad del tiempo transcurrido (unas pocas semanas).

25. El Tribunal analizó las circunstancias concurrentes y concluyó que la mera presencia no basta para determinar la residencia habitual a los fines del artículo 8 del Reglamento. Además de la pre-

<sup>17</sup> STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus* (ECLI:EU:C:2009:225), ap. 36. Es el caso, por ejemplo, del 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), cuyo artículo 19 define la residencia habitual de una persona física como el lugar del establecimiento principal en que dicha persona ejerce su actividad profesional.

<sup>18</sup> Sobre el análisis de los criterios e indicios tenidos en cuenta para la determinación de la residencia habitual en casos de divorcios internacionales, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, pp. 52-85. Y T. VIVATVARAPHOL, “Back to basics: determining a child’s habitual residence in International child abduction cases under the Hague Convention”, *77 Fordham Law Review*, 2008, vol. 77, pp. 3325 a 3369.

<sup>19</sup> STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-111/17, *OL* (ECLI:EU:C:2017:436), ap. 47. Una valoración positiva de esta sentencia puede encontrarse en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, 2019; Y en B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU.”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2019, vol. 11 pp. 462-471.

sencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar. Para valorar este aspecto, el TJUE entendió que debían analizarse factores tales como la duración de la estancia, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado o la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino<sup>20</sup>.

**26.** En este punto, la solución alcanzada por la Audiencia Provincial de Valencia es perfectamente compatible con esta idea de residencia habitual asociada a un *animus manendi*. De hecho, en su Fundamento de Derecho Segundo concluye de forma correcta que *“los menores residen desde julio de 2019 de forma permanente en Francia, donde acuden al colegio y despliegan todas las facetas de su vida habitual, sin que tal estancia pueda considerarse como temporal u ocasional. Obvio es que la integración no puede resultar inmediata, pero desde luego es evidente que esa residencia tiene una vocación de permanencia y lo que se pretende es que perdure en el tiempo. Y la realidad es que el progenitor, bajo cuya custodia se encuentran los menores, lleva viviendo en Francia desde 2017, por lo que no parece razonable calificar su estancia como meramente accidental. De los indicios obrantes en autos puede deducirse que fueron ambos progenitores los que decidieron ese traslado, aun cuando la pareja ya tuviera ciertos problemas conyugales que derivaron en la solicitud de divorcio que ahora se plantea”*.

## 2. Duración y regularidad de la residencia

**27.** Otro parámetro delimitador entre la residencia habitual y la mera presencia transitoria en un lugar es la duración y continuidad de la estancia. El Reglamento Bruselas II-*bis* no fija ningún plazo al respecto. Según ha establecido el TJUE en reiteradas ocasiones la duración necesaria dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, atendiendo en especial a la edad del menor y a las circunstancias familiares y sociales.

**28.** Así, por ejemplo, el TJUE ha manifestado que la presencia física de un menor de corta edad es un elemento determinante de la fijación de la residencia habitual<sup>21</sup>. Igualmente, el tribunal comunitario ha recalcado que los factores pertinentes varían en función de la edad del menor. Así, cuando el menor es un lactante, su entorno es esencialmente un entorno familiar, integrado por la persona, o personas, con las que vive y que cuidan de él. Y comparte necesariamente el entorno social y familiar de esa o esas personas. Todo ello es utilizado en el asunto *Mercredi* para concluir que cuando un lactante está efectivamente bajo la guardia de su madre en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside habitualmente el padre, deben considerarse, por un lado, en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia de la madre en el territorio del primer Estado miembro; y por otro lado, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en ese mismo Estado miembro<sup>22</sup>.

**29.** Finalmente, el Reglamento Bruselas II-*bis* nos ofrece una pauta temporal relevante ya que permite adquirir la residencia habitual en un lapso de tiempo inferior a tres meses en caso de que exista

<sup>20</sup> Sentencias del TJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus* (ECLI:EU:C:2009:225), apartado 40, y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829), ap. 50

<sup>21</sup> STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, *PPU* (ECLI:EU:C:2018:835). Esta sentencia refleja la tesis ya mantenida por el TJUE indiciariamente en el asunto C-111/17 anteriormente citado, en el que en relación con la residencia habitual de un recién nacido, el tribunal manifestó que *“sería difícilmente compatible con ese concepto considerar que la intención inicial de los padres de que el menor resida en un lugar determinado prima sobre el hecho de que éste haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento”* (ap. 51).

<sup>22</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829), ap. 54 a 56.

un cambio de la misma. Así parece inferirse del artículo 9.1 RB II-*bis*. Este precepto posibilita que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, sigan siendo competentes para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia (siempre y cuando el titular del derecho de visita continúe residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor)<sup>23</sup>. Es decir, este artículo del Reglamento Bruselas II-*bis* parece defender la idea de que es posible un cambio de residencia habitual antes de que transcurra el plazo de tres meses<sup>24</sup>. Teniendo en cuenta este factor, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia tampoco incurre en contradicción con la jurisprudencia del tribunal europeo.

### 3. Integración en un entorno social y familiar

**30.** En su sentencia de 22 de diciembre de 2010 en el asunto *Mercredi*, el TJUE reiteró que el concepto de residencia habitual a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento debía interpretarse en el sentido de que esa residencia se corresponde con el lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar.

**31.** Este asunto analiza el concepto de residencia habitual de un lactante de sólo dos meses de edad que se trasladó con su madre de Inglaterra a Francia. Dos semanas después del inicio del proceso en Londres, la madre incoó en Francia otro proceso. El órgano jurisdiccional inglés remitió el asunto al TJUE, que en su resolución empezó declarando que la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental respecto a un menor que se traslada lícitamente a otro Estado miembro se determina conforme al criterio de la residencia habitual de ese menor en el momento en que se presenta el asunto ante el citado órgano jurisdiccional. Además, el TJUE añadió que la edad del menor podía revestir además una especial importancia y continuó diciendo que, como regla general, el entorno de un menor de corta edad es en esencia un entorno familiar, determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive.

**32.** Ese entorno es esencial para la determinación del lugar de su residencia habitual y se compone de diferentes factores variables según la edad del menor, por lo que los elementos que deben ser valorados en el caso de un menor en edad escolar difieren de los que hay que valorar si se trata de un menor de más edad o de menos edad. En esta misma línea argumental, el Abogado General JULIANE KOKOTT, en las Conclusiones presentadas el 29 de enero de 2009 en el asunto C-523/07 anteriormente mencionado afirmó que *“la situación familiar viene marcada de manera decisiva por las personas de referencia con las que el menor convive en el lugar de residencia o con las que mantiene un contacto periódico, es decir, los padres, los hermanos, los abuelos u otros parientes cercanos. Relevantes para la integración social del menor son circunstancias como la escolarización, las amistades, las actividades de tiempo libre y, especialmente, el dominio del idioma”*.

**34.** Esta necesidad de integración en un entorno social no siempre ha sido correctamente entendida por nuestros órganos jurisdiccionales. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 20 de abril de 2018<sup>25</sup> generó una situación de desamparo del niño. Concretamente se trataba de la situación de un menor, hijo de madre española y padre centroamericano, que aparecía inscrito como residente en nuestro país desde su nacimiento (el 28 de abril de 2012). Desde el año 2013 el padre se encontraba tra-

<sup>23</sup> En el ámbito de la sustracción internacional de menores, el Convenio de la Haya de 1980 ofrece un dato de suma importancia pues considera que un menor que ha sido secuestrado por su progenitor y trasladado a un país distinto al de su residencia habitual se encuentra integrado en este nuevo país transcurrido un año desde que se produce el secuestro. *Vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, p. 831.

<sup>24</sup> Conclusión 48.

<sup>25</sup> ECLI:ES:APP:2018:217

bajando en el Reino Unido y el pequeño vivía en España con su madre. En septiembre de 2016 la pareja decidió darse una segunda oportunidad. La madre pidió una excedencia en su trabajo y se trasladó al Reino Unido con intención de establecer allí su residencia. Sin embargo, la relación personal entre los cónyuges no fue buena y ella decidió regresar con el menor a España al finalizar el curso académico en mayo de 2017. La peculiaridad del asunto radicaba en que la única conexión que el menor tenía con el Reino Unido era el hecho de que su padre se encontraba allí. Desconocía la lengua inglesa, carecía de arraigo y soporte familiar en el Reino Unido puesto que ni la familia paterna, ni la materna estaban en ese país. Su madre, su hermana y sus amigos vivían en España. Pues bien, pese a esta manifiesta falta de arraigo, la Audiencia Provincial de Palencia entendió que el traslado al país inglés se había hecho con vocación de permanencia y que, por ello, la residencia habitual del menor se encontraba en este país. Por ello, inexplicablemente, ordenó la restitución del menor al Reino Unido. Afortunadamente la situación generada por esta resolución pudo ser corregida por los tribunales ingleses que mostraron mayor sensibilidad con el criterio del arraigo del menor que los propios tribunales españoles.

#### IV. Valoración final

**35.** El traslado de residencia habitual con vocación de permanencia que resulta frustrado al cabo de dos únicos meses por la existencia de una crisis matrimonial sobrevenida e inesperada genera un problema de identificación del lugar de residencia habitual. La resolución analizada aplica correctamente los criterios delimitadores establecidos por el TJUE (principalmente, la intención de residir de forma estable y permanente en el Estado de acogida por parte de los cónyuges), y los indicios reveladores de la misma (escolarización, adquisición de nueva vivienda, billetes de avión de únicamente de ida...).

**36.** No obstante lo anterior, en este tipo de supuestos en que la ruptura sobreviene al poco de producirse el traslado del domicilio de la familia sería conveniente que los órganos jurisdiccionales valoraran adecuadamente la tensión que se genera entre la existencia de un *animus manendi* y la necesidad de arraigo social y familiar. Ambos criterios delimitadores pueden ser incompatibles cuando el conflicto surge en los primeros meses desde que se produce el traslado de la residencia. En estos casos no debemos olvidar que el Considerando 12 del Reglamento 2201/2003 no sólo alude al principio de proximidad como criterio inspirador del mismo, sino también a la necesidad de salvaguardar en todo caso el interés superior del menor. La solución dispensada por el artículo 15 RB II-*bis* puede ser una herramienta adecuada para restablecer ese equilibrio en aquellos casos en que la permanencia del menor en el estado de su nueva residencia habitual pueda suponerle un claro menoscabo para el desarrollo de su vida social y familiar.

LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN  
QUE SIRVE DE BASE A LA DEMANDA EN LOS CONTRATOS  
DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS  
COMO CRITERIO ATRIBUTIVO DE COMPETENCIA  
EN EL SISTEMA BRUSELAS  
(AAP BARCELONA 17 NOVIEMBRE 2020)

THE PLACE OF PERFORMANCE OF THE OBLIGATION  
WITH REGARD TO INTERNATIONAL SALE OF GOODS AS  
AN ATTRIBUTIVE CRITERION OF JURISDICTION IN THE  
BRUSSELS SYSTEM  
(AAP BARCELONA 17 NOVIEMBRE 2020)

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Doctor en Derecho internacional privado. Profesora contratada en la  
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM)*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 19.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6286>

**Resumen:** La resolución objeto de análisis deniega el recurso de apelación presentado contra Auto de instancia que aprecia la declinatoria internacional presentada por la parte demandada en relación con la jurisdicción española, en un caso de supuesto incumplimiento de contrato internacional de compraventa de mercaderías, suscrito entre una empresa española y otra austriaca. Entre los motivos de apelación, el recurrente alega la infracción del artículo 4.1 del Reglamento Roma I y la aplicación errónea de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del Reglamento Bruselas I bis, mezclando y confundiendo cuestiones distintas del Derecho internacional privado y, consecuentemente, fundamentando de forma errónea su pretensión. La Audiencia Provincial de Barcelona confirma la resolución de instancia, con un razonamiento bastante correcto en relación con la aplicación de la regla de competencia del art. 7.1 letra b) del Reglamento Bruselas I bis, con un uso bastante adecuado de la doctrina del TJUE.

**Palabras clave:** materia contractual, competencia judicial internacional, Reglamento Bruselas I bis, lugar de ejecución, contratos de compraventa internacional de mercaderías, Derecho internacional privado.

**Abstract:** the judgment commented denies appeal filed against the Order of Instance that appreciated the defendant's contest the jurisdiction in relation to the Spanish jurisdiction in favour of Austrian courts, in a case of alleged breach of an international contract for the sale of goods, signed between a Spanish company and another Austrian. Among the grounds for appeal, the appellant alleges the violation of article 4.1 of the Rome I Regulation, and the erroneous application of the provisions of articles 5 and 7 of the Brussels I Regulation Recast, mixing and confusing issues addressed by private international law and consequently substantiating their claim erroneously. The Provincial Court of Barcelona

---

\*AAP Barcelona 17 noviembre 2020 (ECLI:ES:APB:2020:10244A).

confirms the resolution of instance, with a correct reasoning about the rule of jurisdiction of art. 7.1 letter b) of the Brussels I Regulation recast, with a quite adequate use of the doctrine of the CJEU.

**Keywords:** matters relating to a contract, jurisdiction, Brussels I Regulation Recast, place of performance, international sale of goods, Private international law (PIL).

**Sumario:** I. Los antecedentes de hecho y la decisión de instancia. II. Cuestiones de Derecho internacional privado europeo: Competencia internacional en materia contractual en el Reglamento Bruselas I bis. 1. La solución del lugar de cumplimiento como criterio de base. 2. El funcionamiento jerárquico de las soluciones de competencia del art. 7.1 y alcance de la autonomía material de las partes como condicionante. 3. Delimitación de la materia contractual; 4. El concepto de “compraventa de mercaderías” y localización de la prestación característica; 5. Lugar de cumplimiento de la obligación: problemas de delimitación y concreción en el asunto de referencia. III. Conclusiones.

## I. Los antecedentes de hecho y la decisión de instancia

1. En el caso de referencia los antecedentes de hecho se circunscriben a un supuesto de compraventa internacional por una entidad austriaca, FIEGL & SPIELBERGER GMBH (en adelante, FIEGL) a la sociedad actora española, DIMENSIÓ ESPAÍ EUROPEU, SL (en adelante, DIMENSIÓ), de una partida de enchufes y marcos para una obra que la primera estaba ejecutando en Austria. El precio acordado por la operación comercial se pagó por la empresa austriaca mediante transferencia de un banco de ese país a un banco español. Si bien, previamente como garantía del cumplimiento de la entidad vendedora, la parte compradora pidió un aval por el precio de la venta, el cual se otorgó por el Banco Sabadell. El conflicto entre las partes surge porque presuntamente los marcos no eran apropiados para los enchufes adquiridos, motivo por el cual FIEGL exigió la ejecución del aval a la entidad financiera y, por otro lado, la entidad española presentó ante los tribunales españoles la correspondiente demanda con el objeto de que se declarase que había cumplido el contrato, siendo que al mismo tiempo interpuso medidas cautelares *inaudita* parte ante la misma jurisdicción.

En el marco del procedimiento instado ante los tribunales españoles -Procedimiento ordinario 69/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers- se presenta en tiempo y forma declinatoria internacional por la parte demandada (la entidad austriaca compradora) en primera instancia. Resuelve sobre la cuestión el Juzgado de instancia mediante Auto nº 131/2019, de 1 abril de 2019, estimando la declinatoria interpuesta por FIEGL y declarando, en consecuencia, la competencia de la jurisdicción austriaca para conocer del litigio. Asimismo, se deja sin efecto lo acordado en procedimiento de medidas cautelares (Nº 1484/18) una vez adquiriera firmeza la resolución. El Auto de instancia apreciando la declinatoria internacional es objeto de recurso de apelación que resuelve la resolución que se analiza en este trabajo.

2. El recurso de apelación, interpuesto por la empresa española demandante en primera instancia (ahora recurrente), se funda erróneamente en dos motivos: 1) Infracción del artículo 4-1 del Reglamento CE del Parlamento Europeo y del Consejo Núm. 593/2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RRI) y 2) aplicación errónea de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RBI *bis*). Si bien la cuestión básica en este recurso no puede ser otra que la interpretación de las normas de competencia del RBI *bis*, en la medida que lo que se recurre es un Auto por el que se aprecia declinatoria internacional de nuestros tribunales a favor de la jurisdicción austriaca, el recurrente mezcla en un *totum revolutum* los dos instrumentos europeos para argumentar la competencia de nuestros tribunales para conocer del asunto principal -en definitiva, para atacar la fundamentación jurídica de la declinatoria-. En este sentido, la Audiencia provincial aprecia lo equivocado de esa aproximación del argumentario de la recurrente (FJ Segundo).

## II. Cuestiones de Derecho internacional privado europeo: Competencia internacional en materia contractual en el Reglamento Bruselas I bis

3. La fundamentación jurídica del apelante se apoya indistintamente en los dos instrumentos europeos esenciales de DIPr en materia de obligaciones contractuales, aunque estas normas reglamentan dos cuestiones distintas bien diferenciadas, correspondientes a dos sectores normativos que no deben confundirse. Por un lado, las normas de competencia para dar solución a los conflictos de jurisdicciones que puedan surgir entre los Estados miembros para el conocimiento de conflictos transfronterizos en las materias cubiertas por el *RBIbis*. Por otro, la solución conflictual uniforme para determinar la ley aplicable al supuesto contractual de tráfico externo y cuestiones vinculadas a estatuto obligacional cubiertas por el RRI. En este contexto, la cuestión de fondo de la resolución comentada viene referida exclusivamente a la cuestión competencial, esto es, a la determinación de cuál de las dos jurisdicciones nacionales vinculadas a la relación transfronteriza litigiosa -España y Austria- tiene competencia para conocer y resolver sobre el fondo (así como para adoptar eventuales medidas cautelares en tal condición). Consecuentemente, la respuesta solo puede encontrarse en el *RBI bis* (sin perjuicio de que sea necesario, en ocasiones excepcionales y poco deseables, recurrir al Derecho material aplicable para solventar cuestiones de competencia cuando el criterio de atribución deba integrarse en función de un ordenamiento jurídico concreto en ausencia de elementos fácticos, lo que no es el caso). En párrafos posteriores, vamos a abordar la solución de competencia del art. 7.1. b) *RBIbis*, su funcionamiento, sus problemas de interpretación y alcance -y correlativa doctrina del TJUE-, por ser la regla aplicable en el asunto de referencia.

### 1. La solución del lugar de cumplimiento como criterio de base

4. Partimos de la aplicación del *RBI bis* por nuestros tribunales, dado que se cumplen todos los ámbitos necesarios (materia cubierta por el instrumento<sup>1</sup>, demandado domiciliado en un Estado miembro<sup>2</sup>: Austria, y demanda presentada después de su entrada en aplicación<sup>3</sup>). No constatada la existencia de acuerdo de elección en uso de la autonomía jurisdiccional de las partes, y estando claro que no existe conflicto respecto del Estado miembro del domicilio del demandado -no siendo la opción de actora a la hora para ejercitar su acción-, el análisis debe centrarse necesariamente en la concreción del foro alternativo y complementario de la regla general en función de la materia, en este caso, contractual. Consecuentemente, el núcleo esencial del estudio se encuentra en el análisis de la interpretación y alcance de las disposiciones contenidas en el art. 7.1 *RBI bis* (más concretamente en la letra b primer inciso), pues en función de ello podrá dilucidarse si la competencia para conocer de esta demanda corresponde a la jurisdicción civil española o bien a los Tribunales de Austria.

5. La norma del art. 7.1 es un criterio de atribución de competencia con significativa importancia en la práctica transfronteriza para aquellos supuestos en lo que no se haya hecho uso de la autonomía jurisdiccional, y que requiere de especial atención para su concreción, dada su particular formulación y las dificultades de interpretación por su compleja estructura<sup>4</sup>. Así, dentro del foro contractual del art. 7.1

<sup>1</sup> No siendo una de las materias excluidas en su artículo 1.

<sup>2</sup> Desplazando la aplicación de las normas nacionales de los Estados miembros, de conformidad con el art. 5 *RBI bis*. Por aplicación del principio de primacía del Derecho europeo en relación con el Derecho nacional de los Estados miembros. Este principio se manifiesta respecto de todos los instrumentos europeos que tengan fuerza vinculante, como son los Reglamentos. Consecuentemente, un Estado Miembro no puede aplicar una norma nacional que objete una norma europea. Este principio fue consagrado por el TJCE en su sentencia de 15 julio 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, as. 6/64, (ECLI:EU:C:1964:66) (versión en español disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN>)

<sup>3</sup> Aplicable a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, de conformidad con el art. 66 *RBI bis*.

<sup>4</sup> De ello da muestra el importante número de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE sobre el alcance e interpretación de este criterio atributivo de competencia, y resulta evidente para la doctrina, desde su previsión inicial en el art. 5.1 del Convenio de Bruselas del 68, posterior Reglamento Bruselas I (44/2001) y hasta su consolidación en el actual art. 7.1 del vigente *RBI bis*. Entre la doctrina nacional puede verse, entre otros, M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El convenio de

se prevé una regla general en la letra a), dos reglas especiales en la letra b) -por categorías contractuales: contratos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios - y, finalmente, una cláusula de cierre en la letra c). La complejidad en su estructura es evidente en comparación con el art. 5.1 del Convenio de Bruselas, que sólo preveía el equivalente a la actual regla general del art. 7.1.a) como foro de competencia general en materia contractual, estableciendo que los domiciliados en un Estado miembro podían ser demandados en otro Estado miembro “en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”. El criterio de conexión utilizado es el mismo, el lugar de cumplimiento de la obligación, si bien su concreción difiere en función de la regla ante la que nos encontramos dentro del art. 7.1.

Para los supuestos de compraventa de mercaderías y la prestación de servicios, la solución prevista en el art. 7.1 b) cambia los elementos para su fundamentación -en relación con la de la regla general-: por un lado, la obligación o prestación controvertida deja de tener protagonismo para centrarse en la obligación característica de este tipo de contratos, y, por otro, se trata de concretar de manera autónoma (independiente de la *lex contractus*) el lugar de cumplimiento como criterio de conexión a la jurisdicción. Consecuentemente, para los supuestos a los que no resultan aplicables las reglas especiales de la letra b), se mantiene la regla general, con el alcance y problemas de interpretación resueltos por el Tribunal de Justicia (en relación con la obligación que debe tomarse en consideración y la determinación de su lugar de cumplimiento)<sup>5</sup>. No obstante, la solución recogida en el 7.1 (letras a y b) del RBI *bis* manifiesta nuevos problemas interpretativos propios y el resurgimiento de otros -que supuestamente con la nueva norma deberían haberse superado<sup>6</sup>-. Alguno de estos problemas prácticos ya han sido abordados y resueltos -con mayor o menor fortuna- por el Tribunal de Justicia - respecto del art. 5.1. b) del RBI, siendo aplicable al 7.1 b) del RBI *bis*<sup>7</sup>- y, por tanto, de necesaria consideración para resolver el asunto de referencia.

---

Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical. Arts. 5.1.I, 21, 24 y 27.2”, en A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una reflexión preliminar española*; Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 77-135. Entre la doctrina europea, V. HEUZÉ, “De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l’exemple de l’article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”. *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, Dalloz, 2000, pp.595-639; B. HESS, T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001 (Application and Enforcement in the UE)*, Munich, C.H. Beck, 2008, pp. 55-56.

<sup>5</sup> Entre otras, a modo de ejemplo, Sentencia de 6 de octubre de 1976, *Industrie Tessili Italiana Como*, As. 12/76, Rec. p. 1473; Sentencia de 17 de enero de 1980, *Zelger*, As. 56/79, Rec. p. 89; Sentencia de 20 de febrero de 1997, *MSG*, C106/95, Rec. p. 1911; Sentencia de 28 de septiembre de 1999, *GIE Groupe concorde y otros*, As. C440/97, Rec. p. I6307; Sentencia de 5 de octubre de 1999, *Leathertex Divisione*, As. C-420/97 (ECLI:EU:C:1999:483); Sentencia de 19 de febrero de 2002, *Besix*, C256/00, Rec. p. I1699, etc. Doctrina aplicable en relación con la interpretación y alcance del *ex ante* art. 5.1 letra a) del RBI, en la medida que su alcance y tenor es el mismo que la regla del art. 5.1 CB (véase, en este sentido, Sentencias de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C533/07, Rec. p. I3327, apartados 48 y 56; de 14 de marzo de 2013, *Česká*, as. C419/11, apartados 43 y ss. ECLI:EU:C:2013:165). Asimismo, plenamente extrapolable a la actual regla del art. 7.1 letra a) del RBI *bis* por los mismos motivos.

<sup>6</sup> En este sentido se manifestó, respecto del anterior instrumento: el RBI, P. JIMÉNEZ BLANCO, achacando esta consecuencia indeseada a la redacción precipitada de la norma y al carácter ecléctico de la solución prevista, en “La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros”, *Diario La Ley*, 2009, núm. 7294 (en esp. p. 1). Problemas que, por otro lado, y en algunos casos, la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia ha contribuido a su agravamiento más que a su solución. Cf. C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia”, *InDret* 2/2013, pp. 1-25, en esp. p. 4.

<sup>7</sup> Entre otras, por todos conocidas, STJCE de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack* (respecto de la reglas de competencia contenidas en el art. 5.1 RBI); sentencia comentada por R. ARENAS GARCÍA (2007), “Nota a la STJCE de 3 de mayo de 2007, as. C-386/05, *Color Drack*”, *AEDIPr*, tomo VII, pp. 921-929; Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a la STJCE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*”, *REDI*, vol. LIX, núm. 1, 2007, pp. 282-285; la STJCE de 23 de abril de 2009, as. C-533/07, *Falco*, comentada por P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Nota a la STJCE de 23 de abril de 2009, as. C-533/07, *Falco Privatstiftung*”, *REDI*, vol. LXI, núm. 1, 2009, pp. 200-202; la STJUE de 25 de febrero de 2010, as. C-381/08, *Car Trim*, igualmente comentada por P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Nota a la STJ de 25 de febrero de 2010, as. C-381/08, *Car Trim*”, *AEDIPr*, tomo X, 2010, pp. 1024-1029 y F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7392, 2010; STJUE de 11.3.2010, *Wood Floor Solutions*, As. C-19/09 (ECLI:EU:C:2010:137) y STJUE de 9.6.2011, *Electrosteel Europe*, As. C-87/10 (ECLI:EU:C:2011:375). En particular, un estudio sobre la evolución de la doctrina del TJ en esta materia puede C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I...”, *op. cit.*, y jurisprudencia ahí referida.

## 2. El funcionamiento jerárquico de las soluciones de competencia del art. 7.1 y alcance de la autonomía material de las partes como condicionante

6. Si bien hay que recordar que las reglas especiales (autónomas) contenidas en las letras a) y b) del art. 7.1 del RBI *bis*, buscan el mismo objetivo fundamental, eso es, facilitar la previsibilidad en la interpretación de las reglas unificadas de competencia en la materia<sup>8</sup>, como alternativa y complemento a la regla general del foro del domicilio del demandado<sup>9</sup>, su posición en el precepto no es el mismo, ya que no están al mismo nivel. El funcionamiento jerárquico de las soluciones previstas en las letras a) y b) del art. 7 viene determinado por su propio tenor literal. La locución “salvo pacto en contrario” recogida en la letra b) y el texto de la letra c), establece la jerarquía normativa entre ambas reglas: “cuando la letra b) no fuera aplicable, se aplicará la letra a)”. La interpretación literal de la expresión “salvo pacto en contrario” conlleva a considerar que la solución prevista en la letra b) funciona como una presunción *iuris tantum*, según la cual, y salvo que las partes establezcan un lugar de cumplimiento específico para alguna/s otras obligaciones, el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubiere sido o debiere ser cumplida la prestación característica del contrato -esto es, la entrega de las mercaderías o la prestación del servicio-. Esta interpretación es la consagrada por el TJUE en el asunto *Car Trim*<sup>10</sup>, donde se aborda y aclara el alcance procesal de la autonomía material de las partes en la determinación del lugar de cumplimiento, distinguiendo la libertad de estas para excluir la aplicación del sistema de las presunciones (de la letra b) y la autonomía de las partes para elegir el lugar de cumplimiento de la prestación característica en el marco de estas presunciones<sup>11</sup>. Precisamente, la expresión “salvo pacto en contrario” manifiesta ese carácter dispositivo de la regla de competencia de la letra b), en la medida que puede ser desplazada mediante acuerdo. En estos supuestos, cuando las partes hayan previsto en el contrato el lugar de cumplimiento de la obligación concreta, se pone en funcionamiento la letra c) del precepto, que remite, a su vez, a la regla originaria de la letra a) -y, con ello, a respetar las exigencias de validez de tal cláusula, impuesta por la *lex contractus*-.

En el caso de referencia, la parte apelante alega que la competencia sería de la jurisdicción española porque el importe del precio se pagó en España mediante transferencia bancaria de un banco austriaco a uno español en fecha de 5 de octubre de 2018, cumpliéndose la obligación de entregar la mercadería al comprador el día 23 de octubre de 2018, previo pago del precio del transporte por el comprador. Asimismo, se aduce por la recurrente -con una fundamentación jurídica incorrecta-, que no se ha pedido la aplicación de la Ley adjetiva española, sino sólo de la sustantiva (FJ 3º, ap. 57); sin que sea este un criterio o factor condicionante para determinar la competencia de conformidad con el RBI *bis*, con base en la regla especial contractual<sup>12</sup>. A los efectos de determinar si la resolución dictada por la Audiencia en el caso de referencia se adecua a la solución de competencia aplicable, de conformidad con el Reglamento y doctrina del TJUE dictada en interpretación y alcance de la regla contenida en el art. 7.1, haremos un repaso general a las principales cuestiones -y soluciones- que suscita la aplicación de esta disposición.

<sup>8</sup> Cf. Sentencia *Color Drack*, *loc. cit.* ap. 24.

<sup>9</sup> Todo ello con fundamento en el principio de proximidad con base en la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre la relación contractual y la jurisdicción nacional que debe conocer del litigio.

<sup>10</sup> *Vid.* Nota número 8.

<sup>11</sup> “la expresión “salvo pacto en contrario”, que figura en el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, indica que las partes podrán pactar qué deberá entenderse como lugar de cumplimiento a efectos de la aplicación de dicha disposición. Además, a tenor del primer guion del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, que menciona la expresión “según el contrato”, el lugar de entrega de las mercancías será, en principio, el que designen las partes en el contrato” (apdo. 46).

<sup>12</sup> Tal y como se ha manifestado el TJUE de forma reiterada. En particular, véanse apdos. 57 a 62 de la Sentencia *Car Trim*. En tales situaciones, al tener carácter autónomo la regla de competencia prevista en el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento (RBI), procederá determinar dicho lugar en función de algún otro criterio que se atenga a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento.

### 3. Delimitación de la materia contractual

7. A los efectos de concretar el foro es necesario previamente calificar el supuesto de hecho -transfronterizo-, en la medida que el RBI*bis* articula distintas soluciones alternativas al foro general del domicilio del demandado en función del tipo de relación jurídica de que se trate<sup>13</sup>. La existencia de un vínculo contractual nos lleva a presumir aquí que estamos ante materia contractual<sup>14</sup>. Partiendo de la necesaria interpretación autónoma de este concepto<sup>15</sup>-excluyendo la posibilidad de una calificación *ex lege fori*-, se hace necesario al menos referir la jurisprudencia TJUE más significativa en interpretación, alcance y delimitación de esta específica regla. En primer lugar, para determinar si la relación jurídica objeto de litigio está incluida en el concepto de “materia contractual” en el sentido del art. 7.1 del RBI*bis*; y, por otro, para conocer el alcance que ha de darse la expresión “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda” cuando se trate de un contrato de compraventa, como es el caso que nos ocupa. En este apartado analizaremos el primero de los elementos.

8. El concepto “materia contractual” (a los efectos del Reglamento) ha sido interpretado y delimitado de forma autónoma por el TJUE en varias ocasiones en relación con el art. 5.1 del RBI (extrapolable al vigente RBI*bis*, como expresamente se deduce de la STJUE de 15 de junio de 2017<sup>16</sup>, con una recopilación de jurisprudencia emitida en esta materia). De esta doctrina se desprende que, para que corresponda a esa materia, es preciso que la acción del demandante se refiera a una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra<sup>17</sup>. Además, debe entenderse que se incluyen en la materia contractual -a estos efectos- todas las obligaciones que nacen de un contrato cuyo incumplimiento se invoca para justificar la acción del demandante<sup>18</sup>. Asimismo, el criterio de conexión

<sup>13</sup> Sobre la calificación de la acción en el Convenio de Bruselas de 1968 y en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I *bis* se han ocupado varios autores, entre ellos, pueden verse, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 5.1” y P. BLANCO MORALES LIMONES, “Art. 5.3”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 77-101, 120-138; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 110-11, 118-119 (respecto del RBI) y en su 5ª ed. 2019, en relación con el RBI *bis*; H. GAUDEMETALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010, p. 165-167, 217-220; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit International privé*, Montchrestien, Paris, 2010, p. 224-228; B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, vol. II, pp. 655-658, 1063-1065; S. CLAVEL, *Hypercours de Droit International privé*, Dalloz, Paris, 2012, p. 207; P. Mankowski, “Article 5”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 88-294, en esp. pp. 121-144, 231-239; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private international law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 229-237, 247-254; O. Cachard, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 51-54; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

<sup>14</sup> Hay numerosas obras generales en las que se aborda la cuestión de la interpretación y distinción entre los términos “materia contractual” y “materia extracontractual”, entre otras pueden verse: B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2013, 519-521; B. BAREL / S. ARMELLINI, *MANUALE Breve Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milán, 2013, pp. 255-260; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett...*, *ob. cit.*, pp. 247-254; B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; P. MANKOWSKI, “Article 5”, *op. cit.* pp. 231-239; G. Van Calster, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

<sup>15</sup> Es reiterada la doctrina del TJ que recoge la exigencia de la interpretación autónoma del concepto de “materia contractual” en el sentido del RBI-RBI*bis*, refiriéndose principalmente al sistema y a los objetivos del instrumento, para garantizar la aplicación uniforme de éste en todos los Estados miembros. En este sentido, véanse por analogía, en particular, las Sentencias de 17 de junio de 1992, *Handte*, As. C26/91, Rec. p. I3967, ap. 10, y de 5 de febrero de 2004, *Frahuil*, As. C265/02, Rec. p. II543, ap. 22.

<sup>16</sup> STJUE de 15 de junio de 2017, C-249/16, *Saale Kareda* (ECLI:EU:C:2017:472). Un análisis de esta sentencia puede verse P. A. De Miguel Asensio, “Competencia judicial en materia de contratos de crédito y acciones de repetición entre co-deudores”, 19 de junio de 2017 (disponible en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2017/06/competencia-judicial-en-materia-de.html>)

<sup>17</sup> En este sentido, en relación con el art. 5 punto 1º del Reglamento 44/2001, pueden verse, entre otras, las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, *Ceská sporitelna*, C-419/11 (EU:C:2013:165) apartados 45 a 47, y de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13 (EU:C:2015:37), apdos. 37 y 39.

<sup>18</sup> En este sentido ya pueden verse sentencias muy anteriores relativas a la regla de competencia sobre obligaciones contractuales contenida en el art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968; entre otras, las SSTJCE de 6 de octubre de 1976, *De Bloos*,

o atribución competencial previsto alcanza y, por tanto, debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato<sup>19</sup>.

En el asunto de referencia, sin duda la cuestión litigiosa deriva de la compraventa realizada por la entidad austríaca FIEGL a la entidad española demandante de enchufes y marcos para una obra a cambio de un precio pactado, siendo el origen del conflicto que los marcos -presuntamente- no eran idóneos o apropiados para los enchufes adquiridos; lo que motivó que la compradora exigiera la ejecución del aval a la entidad financiera, y que la entidad española presentara la correspondiente demanda ante la jurisdicción española para que se declarase que había cumplido el contrato por su parte (al tiempo que interpuso medidas cautelares *inaudita* parte). La aplicación de la referida doctrina trae como consecuencia la calificación del supuesto litigioso como “materia contractual” a los efectos del art. 7 punto 1º del RBI *bis*, como alternativa – para la entidad actora- al foro general del domicilio del demandado.

#### 4. El concepto de “compraventa de mercaderías” y localización de la prestación característica

9. El art. 7.1 incluye un párrafo b) que contiene dos reglas especiales para dos tipos de contratos: compraventa de mercaderías y prestación de servicios. Con esta previsión se crea una norma especial de concentración de los litigios en el foro del lugar de cumplimiento de la prestación característica para estas dos modalidades de contratos. A pesar de la aparente simplicidad del párrafo b) del art. 7.1 RBI *bis*, pueden suscitarse problemas de interpretación y aplicación en la práctica por varios motivos: por ejemplo, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación material o de identificar la prestación característica de la modalidad de contrato de que se trate (la entrega de la mercancía o el lugar de cumplimiento de la prestación del servicio), así como en los casos de pluralidad de lugares de cumplimiento de la prestación -característica-, e incluso para determinar con qué grado de exactitud debe estar designado en el contrato el lugar de cumplimiento.

De entre estas cuestiones, abordaremos, en primer lugar, la relativa al cumplimiento del ámbito material en relación con el caso objeto de estudio, esto es, el concepto de compraventa de mercaderías a los efectos de esta disposición - al ser el primer problema que hay que enfrentar para determinar la aplicación de esta regla-. En este sentido, es necesario identificar qué contratos recaen dentro del concepto de “compraventa de mercaderías” del art. 7.1 b). En ausencia de definición propia en el instrumento, ha de recurrirse a la labor del TJUE para integrar este concepto de forma autónoma.

10. La primera y principal sentencia en la que el TJUE abordó directamente el concepto de “compraventa de mercaderías” fue en la sentencia *Car Trim*, en un caso en el que se le pedía que se pronunciase sobre la delimitación entre dicho concepto y el concepto de “prestación de servicios” a los efectos del art. 5.1 b) RBI<sup>20</sup>. De conformidad con esta sentencia, los contratos que tengan por objeto

---

14/76 (EU:C:1976:134), apartados 16 y 17, y de 8 de marzo de 1988, *Arcado*, 9/87, EU:C:1988:127, apartado 13). Doctrina recuperada para su aplicación en relación con el art. 7.1 letra b) del RBI *bis* en la Sentencia, ya referida, *Saale Kareda* (para un supuesto de contrato de prestación de servicios), apdo. 30. Extendiendo (apdo. 31, *Saale Kareda*) esta consideración a las obligaciones nacidas entre dos codeudores solidarios, como las partes en el procedimiento de referencia; en particular, con la posibilidad de que un codeudor que ha pagado total o parcialmente la parte del otro en la deuda común recupere el importe abonado ejercitando una acción de repetición (aplicando, por analogía, la doctrina asentada en la STJUE de 12 de octubre de 2016, *Kostanjevec*, C-185/15, EU:C:2016:763, apartado 38). El fundamento para tal aproximación es que este tipo de acciones están vinculadas a la existencia en sí del contrato, por lo que deviene la imposibilidad de separar -salvo de forma artificiosa- estas relaciones jurídicas del contrato del que han nacido, siendo éste el fundamento de aquellas (en esta línea se pronunció la Abogado General, Sra. Juliane Kokott en el punto 31 de sus Conclusiones, ECLI:EU:C:2016:397).

<sup>19</sup> *Vid.* STJCE de 9 de julio de 2009, *Rehder*, C-204/08 (EU:C:2009:439), apartado 33 (igualmente respecto del art. 5.1 del RBI).

<sup>20</sup> Según los contratos, *Car Trim* debía fabricar los componentes ajustándose a un número importante de indicaciones y requerimientos exigidos por la empresa italiana: relativas al proceso de fabricación, a los proveedores a los que *Car Trim* debía comprar los productos para la fabricación, y a otras prescripciones relativas a la organización del trabajo, control de calidad, empaquetado y etiquetado, facturas, etc. La empresa italiana resolvió anticipadamente los contratos, ante lo cual la sociedad suministradora alemana decidió demandar por daños y perjuicios ante el tribunal de Chemnitz (Alemania), en tanto que lugar de producción de los componentes. Los tribunales alemanes de primera y segunda instancia se declararon incompetentes y

la fabricación o producción y entrega de mercancías deberán calificarse como compraventas de mercaderías incluso si el comprador, sin facilitar los materiales, formula exigencias relativas a la obtención, transformación y entrega de las mercaderías, e incluso si el proveedor es responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato (apdo. 43). De esta forma, para definir y delimitar ambas categorías contractuales, el TJUE optó por el criterio de la prestación característica (apdos. 31 y 32), identificación que puede resultar complicada si se trata de contratos mixtos o híbridos<sup>21</sup>. Consecuentemente, para resolver esta cuestión se exige no una aproximación genérica a los contratos considerados en su integridad, sino analizar qué obligación, en cada contrato, constituye la prestación característica del mismo. En términos generales, tendrán la calificación de contrato de compraventa, a los efectos del art. 7.1.b), típicamente los contratos en los que, a cambio del pago de un precio (entre el que se incluye las representaciones digitales de valor, como son los vales o cupones electrónicos, y las monedas virtuales, en el ámbito de la contratación electrónica)<sup>22</sup>, la contraparte adquiera la propiedad de un bien (incluyendo bienes con elementos digitales)<sup>23</sup>.

**11.** En definitiva, para determinar el ámbito material de aplicación del actual art. 7.1 b) *RBIbis*, la doctrina del TJUE establece una serie de indicios y presunciones que deben ser apreciados por el juez nacional en cada caso específico. Los concretos indicios utilizados conducen a calificar, típicamente, los contratos híbridos o mixtos como de compraventa de mercaderías, sin perjuicio de que puedan eventualmente ser calificados como de prestación de servicios concretamente por acción de dos indicios: origen de los materiales y grado de responsabilidad del proveedor<sup>24</sup>. Asimismo, con esta labor de delimitación, caso por caso, el órgano jurisdiccional interno no solo determina el ámbito material de aplicación de las reglas contenidas en el art. 7.1 b) sino que, al mismo tiempo, identifica cuál es la obligación que constituye la prestación característica en el contrato de referencia. Dicha identificación es esencial para determinar qué jurisdicción será la competente, pues la competencia le corresponderá, en definitiva, al tribunal de cumplimiento de la prestación característica. La consideración en el caso de referencia de un supuesto de incumplimiento de un contrato de compraventa internacional de mercaderías resulta indubitada a la luz de la doctrina jurisprudencial analizada.

## 5. Lugar de cumplimiento de la obligación

**12.** De conformidad con todo lo anteriormente expuesto -y doctrina aplicable-, la solución prevista en el art. 7.1 del *RBI bis* supone que basta con conocer el lugar de cumplimiento de la prestación característica, y allí será donde deba ventilarse cualquier litigio relativo a cualquier obligación del contrato. Esta regla de competencia especial consagra “el lugar de entrega como criterio de vinculación autónomo que debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa de

---

el asunto llegó al Alto tribunal alemán (Bundesgerichtshof), que decidió plantear una cuestión prejudicial al TJUE, ya que la calificación de este tipo de contratos como compraventas de mercaderías o prestaciones de servicios era clave para determinar si los órganos jurisdiccionales alemanes carecían o no de competencia, por cuanto no coincidían los lugares de manufactura de las mercaderías y de entrega.

<sup>21</sup> Fundamentándose en estos casos en tres textos normativos a los efectos de delimitar el tipo contractual. Un análisis detallado de estos tres elementos, con indicación de las ventajas e inconvenientes que plantea su recurso, véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a la STJ de 25 de febrero de 2010, as. C-381/08, Car Trim”, *AEDIPr*, tomo X, 2010, pp. 1024-1029, en esp. pp. 1026-1028, apdos. 3-5).

<sup>22</sup> La calificación de esta figura contractual en el ámbito digital, en particular en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, puede resultar una operación compleja que requiere del análisis particular. En este sentido, en particular en relación con los consumidores, puede verse, J. I. PAREDES PÉREZ, “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales B2C: problemas de calificación y tribunales competentes”, *REEI*, 2021, (en prensa), pp. 1-36, en esp. p. 18 y ss.

<sup>23</sup> Tal calificación, como contratos de compraventa, tendrán los contratos de adquisición de contenidos digitales suministrados en soporte material (DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria), cuando los contenidos digitales hayan sido pregenerados por el proveedor. *Cf. Id.*, “Contratos de suministro...”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>24</sup> Esta aproximación ya había sido propuesta por cierta parte de la doctrina. Entre otros, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros”, *Diario La Ley*, núm. 7294, 2009, p. 5.

mercancías y no sólo a las basadas en la propia obligación de entrega” (*Color Drack*, apdo. 26)<sup>25</sup>. Ahora bien, la simplicidad inicial presumible respecto de este criterio de atribución de competencia se desvirtúa en la práctica, de lo que da muestra las cuestiones prejudiciales planteadas. Son dos los grandes problemas que pueden surgir a la hora de determinar el lugar de ejecución. En primer lugar, supuestos de pluralidad de lugares de realización de la prestación (entrega)<sup>26</sup> y, en segundo lugar, la falta de previsión -expresa o implícita- de ese lugar en el contrato<sup>27</sup>. Si bien, ninguno de estos escenarios concurren en el asunto de referencia, y por razones de espacio, no se hace posible realizar el deseado análisis en este sentido de la posición jurisprudencial en el presente trabajo.

**13.** En el caso de referencia, aplicando la doctrina del TJUE referida, debían ser los juzgados austríacos quienes conocieran del asunto, al haberse producido la entrega material y efectiva de la mercancía en dicho país – y, además, tener el comprador, FIEGL, su domicilio allí-. Se trata del lugar de entrega de las mercancías al destinatario final, siendo esta la solución articulada por el TJUE en caso de que no estuviera precisado en el contrato el lugar de entrega de las mercaderías (*Car Trim* y *Wood Floor*). Por lo que previamente, para cumplir con el mandato de legislador europeo (del art. 7.1 b RBIBis), es necesario ver si es éste el lugar previsto por las partes en el contrato, en ejercicio de su autonomía material, como de entrega de las mercaderías, de modo expreso (apdos. 45-46, *Car Trim*) o implícitamente (apdos. 54-55).

A este respecto, el tribunal del foro debe tener en consideración todos los términos y cláusulas del contrato en cuestión, incluidos, en su caso, los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como son los *Incoterms*, en la medida que éstos permitan identificar dicho lugar de manera clara (apdos. 21 a 26, *Electrosteel Europe*). Ahora bien, cuando el contrato controvertido contenga este tipo de términos -o cláusulas-, es necesario examinar si éstos constituyen estipulaciones que únicamente fijan las condiciones relativas al reparto de los riesgos vinculados al transporte de las mercancías o de los gastos entre las partes o si designan también el lugar de entrega de las mercancías (en cuyo caso serán relevantes a los efectos de la concreción de la regla del art. 7.1 b). En cualquier caso, si las mercancías objeto del contrato únicamente transitan por el territorio de un Estado miembro, que a su vez es un tercero respecto tanto del domicilio de las partes como del lugar de remisión o de destino de las mercancías, es necesario comprobar, en concreto, si ese el lugar que aparece en el contrato sirve únicamente para repartir los costes y los riesgos vinculados al transporte de las mercancías o bien si constituye también el lugar de entrega (apdo. 24 *Electrosteel Europe*).

**14.** Establecidos claramente por la doctrina del TJUE los criterios fácticos a tomar en consideración por el juzgador nacional para decidir sobre su competencia, o falta de esta, según la regla especial del art. 7.1 b, resulta llamativo los factores de valoración indicados por la parte recurrente para establecer la competencia de la jurisdicción española en el asunto de referencia y, así, impugnar la declinatoria. La parte apelante refiere el ordenamiento español como la ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías objeto de litigio, por ser la ley del país donde el vendedor tiene su residencia habitual, en aplicación del artículo 4.1 RRI -dado que la entidad vendedora tiene su residencia habitual en Cardeu-, Barcelona. Es más, aludiendo a un criterio de conexión no previsto en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado aplicables al supuesto litigioso, ahonda la parte recurrente en la normativa nacional que permite localizar en España el lugar de celebración del contrato para sustentar su pretensión (art. 1.262 de nuestro Código Civil, apartado segundo, último inciso). Hay que recordar que el lugar de celebración del contrato no es un punto de conexión previsto en el art. 4 del Reglamento conflictual -siguiendo con el instrumento referido por el recurrente- para determinar la *lex contractus*

<sup>25</sup> Lo mismo es predicable, como es lógico, respecto de los contratos de prestación de servicios.

<sup>26</sup> Resuelto en el asunto *Color Drack*. Completado o matizado respecto de los contratos de prestación de servicios en la STJUE 9.7.2009, As. C-204/08, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation* (CLI:EU:C:2009:439)

<sup>27</sup> Cuestión abordada y resuelta por el TJUE mediante doctrina deducida de los asuntos *Car Trim* y *Wood Floor*: concretándolo en el lugar de entrega de las mercancías al destinatario final. Un análisis crítico de la aproximación del TJUE para resolver esta cuestión en F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7392, p. 7; y C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b)...”, *loc. cit.*, p.19, ap. 19 *in fine*).

en defecto de acuerdo de elección entre las partes<sup>28</sup>, ni tampoco se recoge en el art. 7.1 RBI *bis*, como norma correcta de competencia aplicable al supuesto de referencia. Ahora bien, tal y como se refiere en la resolución objeto de análisis, debe tenerse en cuenta que para delimitar la competencia de una u otra jurisdicción nacional la regla general es que no debe atenderse ni a la ley adjetiva, ni tampoco a la legislación sustantiva española, tal como se deduce del RBI *bis* y jurisprudencia del TJUE mencionada en relación con el fuero especial en materia contractual. Por su parte, la sociedad apelada, que en primera instancia interpuso declinatoria internacional por falta de competencia de la jurisdicción española, alega correctamente -reiterando los argumentos formulados en primera instancia- que la competencia corresponde a los tribunales de Austria en aplicación de los artículos 5 y 7.1 a) y b) primer apartado del RBI *bis*.

### III. Conclusiones

15. El criterio de competencia previsto para determinar la jurisdicción competente para conocer en materia contractual, como alternativa al foro general del domicilio del demandado -en defecto de acuerdos atributivos de competencia-, es una cuestión controvertida que ha ido evolucionando desde el origen del sistema Bruselas y que ha sido objeto de numerosas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Ahora bien, ya sea con su luces<sup>29</sup> y sus sombras<sup>30</sup>, la doctrina asentada y expuesta a lo largo de este trabajo resulta de aplicación en el asunto de referencia y vincula a todos los órganos nacionales de los Estados miembros en la aplicación del instrumento europeo -por tanto, también a los jueces y tribunales españoles-.

La interpretación que en el caso de referencia la Audiencia Provincial realiza de la regla de competencia contenida en el art. 7.1 letra b) del RBI *bis*, ante un supuesto de compraventa internacional, es correcta. El tribunal *ad quem* mantiene la declinatoria -confirmando la resolución de instancia-, denegando el recurso de apelación formulado, por cuanto que fue Austria el lugar en que las mercancías se entregaron de forma efectiva -donde se efectuó la entrega material y se puede disponer de las mercancías-, coincidiendo con el domicilio o sede del comprador. De conformidad con la doctrina del TJUE “si resulta imposible determinar sobre esta base -previsión explícita o implícita en el contrato- el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa” (apdo. 26 y fallo, *Electrosteel Europe*)<sup>31</sup>; operación cuyo objetivo, en el asunto de referencia, era la instalación de los enchufes en la obra ejecutada en OBERLECH (Austria), lugar en que la parte compradora pudo verificar si los materiales entregados eran adecuados para el fin propuesto. Consecuentemente, la Audiencia desestima el recurso de apelación en base a dos motivos principales: 1) Infracción, por inaplicación, del art. 4 numeral 1º del Reglamento Roma I y 2) aplicación errónea de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del RBI *bis* (de conformidad con el propio texto e interpretación jurisprudencial del TJUE).

Resulta alentador comprobar que los jueces y tribunales españoles, ya no solo en segunda instancia sino también los juzgados, son cada vez más conscientes de la existencia y funcionamiento de los instrumentos y normas que configuran nuestro sistema de Derecho internacional privado; más aún en una materia tan compleja -por casuística- como la analizada.

<sup>28</sup> Tampoco este criterio se recoge en las reglas conflictuales especiales previstas por el RRI para determinados contratos (transporte, consumo, seguro e individuales de trabajo).

<sup>29</sup> En la medida que la regla contenida en el art. 7.1 b), permite centralizar la competencia ante la jurisdicción de ejecución de la prestación característica, que no solo simplifica la determinación del foro competente, sino que también es un criterio que potencialmente puede dotar de mayor seguridad jurídica y previsibilidad para el demandado; al tiempo que coadyuva para evitar decisiones inconciliables dictadas por jurisdicciones distintas. En este sentido, entre otros, respecto del art. 5.1 b) RBI, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...” *loc. cit.*, p. 3; I. HEREDIA CERVANTES, “El nuevo foro contractual...”, *loc. cit.*, pp. 72-74.

<sup>30</sup> La deseada centralización puede ir en detrimento de una de las partes, beneficiando al incumplidor de la obligación de pago cuando la parte obligada a entregar la mercancía o a prestar el servicio haya cumplido con su propia obligación (I. HEREDIA CERVANTES, *ibid.*). Además, en términos generales, la rigidez de la solución puede ir en detrimento del principio de proximidad según las circunstancias del caso concreto (P. JIMÉNEZ BLANCO, *ibid.*). A lo que ha de añadirse todos los problemas de interpretación y alcance que el TJUE ha venido a responder, con mayor o menor suerte.

<sup>31</sup> Consideraciones reiteradas en apartados 46, 55 a 57 y 60 a 62 y el punto 2 del fallo, *Car trim.*

CERTIFICADO DE IDONEIDAD Y CONSENTIMIENTO  
DE LA ENTIDAD PÚBLICA ESPAÑOLA. A PROPÓSITO  
DE LA DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO  
CIVIL DE UNA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN PORTUGAL  
[RDGRN (2<sup>a</sup>) DE 3 DE OCTUBRE DE 2019]

CERTIFICATE OF SUITABILITY AND CONSENT FROM  
THE SPANISH PUBLIC ENTITY. REGARDING THE DENIAL  
OF REGISTRATION IN THE CIVIL REGISTRY OF AN  
ADOPTION CONSTITUTED IN PORTUGAL [RDGRN (2<sup>ND</sup>)  
OF OCTOBER 3, 2019]

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

Recibido: 19.05.2021 / Aceptado: 10.05.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6287>

**Resumen:** Se deniega la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida en Portugal por considerar no cumplidos los apartados tercero y cuarto del artículo 26 de la Ley de adopción internacional, esto es, por no aportar certificado de idoneidad emitido por la entidad pública competente española y faltar el consentimiento de la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia en España de la niña adoptada que ostentaba la nacionalidad española.

**Palabras clave:** Adopción internacional, certificado de idoneidad, inscripción registral

**Abstract:** The registration in the Spanish Civil Registry of an adoption constituted in Portugal is denied for considering the third and fourth sections of article 26 of the International Adoption Law not complied with, that is, for not providing a certificate of suitability issued by the competent Spanish public entity and missing the consent of the public entity corresponding to the last place of residence in Spain of the adopted minor who held Spanish nationality.

**Keywords:** International adoption, certificate of suitability, registration.

**Sumario:** I. A modo de introducción II. Los hechos III. Cuestiones jurídicas 1. ¿Adopción transfronteriza o internacional? 2. Certificado de idoneidad de entidad pública competente española cuando adoptante sea español y resida en España 3. Consentimiento de la entidad pública competente española cuando el adoptando sea español IV. Conclusiones.

## I. A modo de introducción

1. Cuando una adopción se constituye ante autoridad extranjera y debe acceder al Registro Civil español porque adoptante u adoptado sea español, habrá que estar siempre a un procedimiento de reconocimiento incidental registral en el que se controlarán los requisitos exigidos en los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 26 de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*<sup>1</sup> (en adelante, LAI), con independencia de que su reconocimiento pueda quedar amparado en el ámbito convencional, si fuera el caso<sup>2</sup>.

En concreto, es preciso que la adopción que pretende acceder al Registro Civil tenga efectos equivalentes a la adopción en España, esto es, se trate de una adopción plena e irrevocable, siempre que el adoptante o adoptado sea español; se haya emitido con carácter previo a la constitución de la adopción el certificado de idoneidad del adoptante por la entidad pública competente española, si este es español y reside en España y si el adoptando fuera español, la entidad pública española correspondiente al último domicilio en España del adoptando, debe haber consentido en la adopción<sup>3</sup>.

2. En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) que comentamos<sup>4</sup>, se pretendía inscribir en el Registro Civil español una adopción constituida ante autoridad judicial portuguesa. No se aportan ni el certificado de idoneidad emitido por la entidad pública española competente respecto de los adoptantes, ni el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia en España de la niña adoptada que tiene la nacionalidad española. En consecuencia, se deniega la inscripción. Como intentaré demostrar en este breve comentario la respuesta dada a este caso es cuestionable.

## II. Los hechos

3. Los interesados, un matrimonio formado por un español y una ciudadana portuguesa, solicitaron la inscripción de la adopción constituida en Portugal de una menor nacida en España en 2011, hija de padre portugués y madre española, cuya inscripción de nacimiento constaba practicada en el Registro Civil de Palma de Mallorca. El Encargado del Registro denegó la inscripción porque no se había aportado ni el certificado de idoneidad ni el consentimiento de la entidad pública española a los que se refieren los apartados tres<sup>5</sup> y cuatro<sup>6</sup> del artículo 26 LAI.

<sup>1</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

<sup>2</sup> Así se exige por la Disposición adicional segunda de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*: “Para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9.5 del Código Civil.” A su vez, el artículo 9.5 CC. remite a la Ley de adopción internacional: “La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1965 y ss.

<sup>3</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reconocimiento e inscripción en el registro civil de las adopciones internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006-2, pp. 683-710; M. D. ORTIZ VIDAL, *La adopción internacional tras la Ley 26/2015*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 218-219.

<sup>4</sup> *BIMJ*, año LXXIV, octubre 2020, núm. 2.234, pp. 18-21. Esta resolución también ha sido comentada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción constituida en Portugal y certificado de idoneidad del adoptante: el interés del menor y la residencia del adoptante. Reflexiones primaverales en torno a la RDGRN [2ª] 3 octubre 2019 [adopción constituida en Portugal]”, accesible en Adopción constituida en Portugal y certificado de idoneidad del adoptante: el interés del menor y la residencia del adoptante. Reflexiones pre-primaverales en torno a la RDGRN [2ª] 3 octubre 2019 [adopción constituida en Portugal] | (accursio.com), consultado el 23 de marzo de 2021.

<sup>5</sup> “3. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.”

<sup>6</sup> “4. Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.”

La solicitud realizada se basaba en una sentencia de un órgano judicial portugués de 25 de julio de 2014, cuya validez y efectos homologables a la adopción española no se cuestionaron, pero tanto el Encargado del Registro como la DGRN consideran que no es posible su inscripción mientras no se aporten también el certificado de idoneidad de los adoptantes y el consentimiento de la entidad pública española correspondiente, entendiendo que se dan los requisitos espaciales indicados en la norma para exigirlos.

4. En relación con el certificado de idoneidad de los adoptantes emitido por la entidad pública española competente, se exige siempre que el adoptante sea español y resida en España. La cuestión controvertida en este caso gira en torno a si realmente la residencia de los adoptantes estaba en España en el momento de la constitución de la adopción, momento al que hay que estar para la exigencia de este concreto requisito, y no a la residencia que tuvieran cuando se insta la inscripción. Las dudas surgen porque el promotor presentó su solicitud a través del Registro Civil de Vigo pocos meses después de constituida la adopción, declarando que allí estaba domiciliado y aportando el certificado de empadronamiento correspondiente, en lugar de hacerlo a través del Registro consular correspondiente al domicilio en el extranjero, lo que da pie al Encargado del Registro y a la Dirección a entender que estaba domiciliado en España en el momento de la constitución de la adopción, presunción, que, como veremos, es fácilmente rebatible, no solo por el resto de documentos y declaraciones que se aportan por el interesado, sino por la propia sentencia de constitución portuguesa de la adopción.

En cuanto al consentimiento de la entidad pública española correspondiente al último lugar de residencia de la menor en España, en principio es exigible porque la menor, nacida en España en 2011 y española de origen al ostentar su madre biológica tal nacionalidad, residió en nuestro país hasta junio de 2012. La adopción se constituye en 2014. En este caso, habría que ponderar en función de las circunstancias que concurren en él, si realmente este consentimiento es tan relevante como para denegar la inscripción, o si, en su caso, sería posible obtenerlo *a posteriori*.

### III. Cuestiones jurídicas

#### 1. ¿Adopción transfronteriza o internacional?

5. Un dato no poco relevante, pero por el que pasa de puntillas la resolución, es que la constitución de la adopción se haya llevado a cabo en Portugal, ante autoridad judicial. Las implicaciones de ello no son menores, por varias cuestiones, entre ellas, y singularmente importante es que Portugal, al igual que España, es parte del *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. Este Convenio, directamente, sólo se aplica cuando menor y adoptante/s tienen su residencia en Estados distintos (adopciones transfronterizas), ambos parte del Convenio, pero parece obvio que los requisitos que en él se exigen para la tramitación de la adopción, también se tendrán en cuenta en las adopciones internacionales. Entre ellos, uno que nos interesa a los efectos del presente caso es el certificado de idoneidad de los adoptantes, al que se alude en el artículo 5 a) del Convenio en relación con los artículos 15 y 17 d), en Portugal denominado certificado de selección regulado en el artículo 44 *Lei n.º 143/2015, de 08 de Setembro, regime jurídico do processo de adoção*<sup>7</sup>, que, según se indica en la resolución, es aportado por los adoptantes (párrafo séptimo

<sup>7</sup> El contenido de este precepto es el siguiente: “Preparação, avaliação e selecção 1 - Logo após a formalização da candidatura, o organismo de segurança social ou a instituição particular autorizada dá início ao conjunto de procedimentos de preparação, avaliação e selecção, o qual deve estar concluído no prazo máximo de seis meses. 2 - O conjunto de procedimentos de preparação, avaliação e selecção é composto por sessões formativas, entrevistas psicossociais e aplicação de outros instrumentos de avaliação técnica complementar, designadamente de avaliação psicológica, tendo em vista a capacitação do candidato e a emissão de parecer sobre a pretensão. 3 - A avaliação da pretensão do candidato a adotante e o correspondente parecer devem incidir, nomeadamente, sobre a personalidade, a saúde, a idoneidade para criar e educar a criança, a situação familiar e económica do candidato a adotante e as razões determinantes do pedido. 4 - Em caso de parecer desfavorável, é obrigatória a audiência dos interessados em momento prévio ao da decisão da rejeição da candidatura, nos termos previstos no Código do Procedimento Administrativo. 5 - Concluídos os procedimentos, o organismo de segurança social ou a instituição particular au-

*in fine*), especificándose en el artículo 45 que tiene una vigencia de tres años, idéntica vigencia que en España, según establece el artículo 10, apartado tercero LAI. En España, por idoneidad se entiende la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional (art. 10.1 LAI)<sup>8</sup>. En términos similares, se manifiesta el apartado tercero del artículo 44 de la *Lei n.º 143/2015, de 08 de Setembro, regime jurídico do processo de adoção*, indicando que “*la valoración de la pretensión del solicitante y el dictamen correspondiente debe centrarse, entre otros, en la personalidad, la salud, la idoneidad para criar y educar al niño, la situación familiar y económica del solicitante de la adopción y los motivos determinantes de la solicitud*”.

6. Parece obvio que si los adoptantes aportan ese certificado de idoneidad es porque han sido evaluados convenientemente por la autoridad competente portuguesa, que los ha considerado idóneos para llevar a cabo la adopción, y es de entender también que si hay una sentencia portuguesa que ha constituido la adopción es porque los adoptantes residían en ese país en el momento de la constitución<sup>9</sup>. Con todo ello, la exigencia de aportar certificado de idoneidad emitido por la entidad pública española competente no debería exigirse, puesto que todos los indicios llevan a que en el momento de la constitución de la adopción los adoptantes y la menor residían en Portugal, por lo que no estaríamos dentro del ámbito de aplicación del artículo 26.3, al entender que, en el momento de la constitución de la adopción, la adoptante, de nacionalidad española, no tenía su residencia habitual en España. Entre otras cosas, cabe apuntar que, si los adoptantes hubieran tenido su residencia en España y la menor en Portugal, a todos los efectos se debería haber aplicado el CH 1993 y el tribunal portugués debería haber emitido el certificado al que hace referencia el artículo 23 del mismo<sup>10</sup>.

## 2. Certificado de idoneidad de entidad pública competente española cuando adoptante sea español y resida en España

7. En la *Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales*<sup>11</sup>, se especifica, aludiendo al, en ese momento vigente, artículo 9.5 VI del Código Civil, que para el reconocimiento en España de la adopción constituida ante autoridad extranjera en los casos en que el adoptante es español y está domiciliado en España al tiempo de la adopción, es precisa la intervención de la Entidad pública competente española al requerir un certificado de idoneidad del adoptante o adoptantes (cfr. Resolución de 24-3.ª de septiembre de 2002). El certificado de idoneidad debe acre-

---

*torizada profere decisão fundamentada e notifica-a ao candidato. 6 - Em caso de aceitação da candidatura, é emitido certificado de seleção, sendo os candidatos selecionados obrigatoriamente inscritos na lista nacional, nos termos do artigo 10.º 7 - Em caso de rejeição da candidatura, a notificação da decisão deve incluir referência à possibilidade de recurso, menção do prazo e identificação do tribunal competente para o efeito”. Accesible en [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=2423A0044&nid=2423&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2423A0044&nid=2423&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo), consultado el 15 de abril de 2021.*

<sup>8</sup> S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, Mayo-Junio 2007, núm.701, pp. 950-1004.

<sup>9</sup> En cuanto a los criterios de competencia judicial internacional, hay que tener en cuenta el artículo 62 Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, Código de Processo civil: “*Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes: a) Quando a ação possa ser proposta em tribunal português segundo as regras de competência territorial estabelecidas na lei portuguesa; b) Ter sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na ação, ou algum dos factos que a integram; c) Quando o direito invocado não possa tornar-se efetivo senão por meio de ação proposta em território português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro, desde que entre o objeto do litígio e a ordem jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real.”. Accesible en [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_busca\\_assunto\\_diploma.php?buscajur=internacional&artigo\\_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1959&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=internacional&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1959&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=), consultado el 16 de abril de 2021.*

<sup>10</sup> *Vid.* Resolución DGRN núm. 3/2002 de 24 septiembre (JUR 2003\15537).

<sup>11</sup> *BOE* núm. 207, de 30 de agosto de 2006.

ditar la capacidad jurídica del solicitante, siempre con arreglo a la Ley material española<sup>12</sup>. El objetivo de este requisito es evitar que personas no idóneas para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan que sea reconocida en España<sup>13</sup>. El que la idoneidad sea certificada de antemano pretende evitar, asimismo, un doble abandono del menor, o una retirada de la patria potestad *a posteriori* si se demuestra que no se ejerce debidamente<sup>14</sup>.

8. En ausencia de este requisito, la DGRN entiende que se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro civil español<sup>15</sup>. La DGRN ha sido estricta con la exigencia de este requisito. Este rigor quedó atenuado por el reconocimiento de la posibilidad de que el certificado de idoneidad se obtuviera después de constituida la adopción en el extranjero, no siendo necesario que fuera previo<sup>16</sup>. Sin embargo, la LAI elimina este factor de flexibilidad al exigir que la declaración de idoneidad por la entidad pública española sea previa a la constitución de la adopción por la autoridad pública extranjera<sup>17</sup>. Algo en lo que al parecer no recaba la Dirección en esta resolución en la que afirma: “*No obstante, este rigor queda atenuado por la posibilidad de que el certificado de idoneidad -que expide la entidad pública de la Comunidad Autónoma correspondiente a la residencia habitual de los solicitantes- se obtenga después de constituida la adopción en el extranjero*”<sup>18</sup>. De ahí, quizás, que el texto de la resolución comience con un “*No es inscribible, por el momento...*”. El problema que plantea esta norma es la de definir el grado de ineficacia que aquejaría a la adopción en caso de infracción<sup>19</sup>, que básicamente se reduciría a la no inscripción. Si bien es cierto que uno de los principales efectos que tiene la inscripción es que constituye el paso previo para la obtención de la nacionalidad española, y en este caso no sería necesario, pues la niña adoptada ostenta la nacionalidad española de origen, por ser su madre biológica española, lo cierto es, que por tratarse de un acto que afecta al estado civil de una persona que ya es española, los requisitos exigidos para la inscripción deberían haberse valorado de forma más ceñida a los hechos.

La DGRN en su Consulta de 2 de febrero de 1999, puso de relieve que “*la declaración de idoneidad no es exigible cuando el adoptante español es residente en el extranjero, lo que significa que*

<sup>12</sup> Vid. Resolución DGRN núm. 3/2009, de 15 de junio de 2009 (JUR 2010\316096) y Resolución DGRN núm. 78/2014, de 3 de enero de 2014 (RJ 2014\4731).

<sup>13</sup> Apunta P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)”, *Aranzadi civil*, núm. 12, octubre, 1998, p. 9, que “*aunque el certificado no sea un «mecanismo ideado para fiscalizar si la adopción se constituye en el extranjero con las garantías adecuadas», pues es evidente que se dirige a constatar únicamente la aptitud de los futuros adoptantes, en ciertos supuestos su ausencia puede ser indicativa de la existencia de una adopción fraudulenta, o cuanto menos, irregular.*”. Con referencia a P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, p. 206. En el mismo sentido, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p. 211; M. J. SÁNCHEZ CANO, “El reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española: aspectos prácticos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, núm. 2, p. 806; J. M. DÍAZ FRAILE, “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15 (2011), p. 140, accesible en <http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/15/J%20M%20Diaz.pdf>, consultado el 15 de abril de 2021.

<sup>14</sup> J. M. ESPINAR VICENTE, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España”, *Actualidad Civil*, núm. 32, 1997, p. 771.

<sup>15</sup> Vid. Resolución DGRN núm. 6/2007, de 17 septiembre (JUR 2009\8036).

<sup>16</sup> Cfr. Resolución 25-3.ª de junio de 1999 y consulta de 23 de octubre de 2006.

<sup>17</sup> Ya antes de la LAI, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La regulación de la adopción en España: examen particular de la adopción internacional”, *Anuario de Psicología*, 1996, pp. 20-21, consideraba que permitir tener en cuenta “*el certificado posterior a la constitución de la adopción no favorecía el interés del menor, pues al tener que emitir un juicio a posteriori sobre la idoneidad de los adoptantes, las autoridades encargadas van a verse presionadas para decidir en un sentido positivo, toda vez que el rechazo a emitir la certificación supondría un gran perjuicio para los adoptados, que se verían de nuevo privados de una familia*”. Cfr. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “El certificado de idoneidad...”, loc. cit., p. 14.

<sup>18</sup> Alineadas con lo que marca la LAI, en cambio, las RDGRN núm. 3/2009, de 15 de junio (JUR 2010\316096), núm. 3/2013, de 12 de diciembre (JUR 2014\209423), 3 de enero de 2014 (LA LEY 69868/2014) y núm. 77/2014 de 3 enero (JUR 2014\209428).

<sup>19</sup> A juicio de J. M. DÍAZ FRAILE, “Problemas actuales...”, loc. cit., p. 140, “*la sanción de la nulidad absoluta sería desproporcionada*”.

*ha de ser el extranjero el lugar de su residencia habitual (artículo 40 del Código Civil); sin que pueda excluirse algún caso en que sea claro el propósito del adoptante de fijar su domicilio en el extranjero, es razonable entender que la residencia habitual en el extranjero se manifiesta por ser residente legal en el país de que se trate”.*

Aunque no manejamos esta hipótesis, puesto que consideramos, de la observación de los elementos aportados en el caso, que los adoptantes residían en Portugal en el momento de la constitución de la adopción, quizás convendría valorar si en casos como el presente, cuando la adopción se constituya en un Estado con estándares de exigencia equiparables al nuestro, como sucede con Portugal, no sería posible cumplir este requisito de valoración de la idoneidad del adoptante con la emisión del correspondiente certificado por parte de la entidad extranjera competente conforme al lugar de constitución de la adopción.

**9.** Volviendo al caso que nos ocupa, existe un certificado de selección de los adoptantes, pero las dudas se plantean para la Dirección por haber aportado el promotor el certificado de empadronamiento en España y haber presentado la solicitud de inscripción directamente en el Registro Civil de Vigo “*pocos meses después de la constitución de la adopción*”. Precisa la resolución, que “*es cierto que la prueba del certificado del padrón municipal no es exclusiva y que la residencia habitual puede acreditarse a través de cualquier otro medio admitido en Derecho, correspondiendo al encargado del Registro civil y, en su caso, a los tribunales la valoración libre de los datos que hayan sido aportados. Pero en este caso se da la circunstancia de que es el propio solicitante quien ha generado la contradicción que surge de la documentación aportada, por lo que, para poder eximirle de la necesidad de aportar el certificado de idoneidad, deberá ser también él quien presente las pruebas necesarias que acrediten de forma suficiente que su domicilio habitual y efectivo estaba fijado en Portugal en el momento de la adopción*”. Esto es, que se exige al promotor que aporte pruebas de que realmente residía en Portugal en el momento de la constitución de la adopción, como si no fueran pruebas suficientes el aportar el certificado de selección de las autoridades portuguesas y la sentencia de constitución de la adopción.

**10.** La exigencia que comentamos sólo contempla como excepción aquellas en las que no es exigible este certificado en las adopciones nacionales. Así, no es necesario obtener el certificado de idoneidad siempre que el adoptante sea el cónyuge del progenitor del adoptando [RDGRN (14<sup>a</sup>) 11 de febrero de 2013; 12 de junio de 2012, (6<sup>a</sup>) de 12 de septiembre de 2002] o en el caso de un previo acogimiento legal del menor por los padres adoptivos durante más de un año (art. 176.2.3<sup>o</sup> Cc).

**11.** Ahora bien, dentro de este capítulo de excepciones no se incluye el supuesto en que el adoptante tenga otra nacionalidad extranjera, además de la española, e invoque aquella para eximirse de la exigencia del certificado de idoneidad. La DGRN en su consulta de 20 de febrero de 2007, así lo aclaró, indicando que “*en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, a los efectos de determinar la ley aplicable en los supuestos internacionales, es decir, a las situaciones y relaciones jurídicas que presenten algún elemento de extranjería, establece una regla de preferencia o prevalencia de la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o Tratados internacionales, según dispone el párrafo segundo del artículo 9.9 del Código Civil*”<sup>20</sup>.

### **3. Consentimiento de la entidad pública competente española cuando el adoptando sea español**

**12.** En lo que se refiere al segundo documento omitido, el apartado cuarto del artículo 26 LAI exige un requisito complementario cuando, como en este caso, se trata de la adopción de una persona española, siendo necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia en España del adoptando. El objetivo de este requisito, de escasa aplicación práctica por ser España,

<sup>20</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 1980; J. M. DÍAZ FRAILE, “Problemas actuales...”, loc. cit., pp. 140-141.

esencialmente, un Estado de recepción en materia de adopción, es evitar el fraude que podría darse al trasladar el domicilio o residencia del adoptando español al extranjero para evitar la necesidad de una propuesta previa por parte de la entidad pública española<sup>21</sup>. Y en este caso resulta exigible porque la menor, nacida en España en 2011 y española de origen al ostentar su madre biológica tal nacionalidad, residió en nuestro país hasta junio de 2012, según declaran los propios recurrentes. La cuestión es que, en este caso, el consentimiento de la Entidad pública española correspondiente a la última residencia de la niña en España sí podría obtenerse *a posteriori*, por lo que se trata de un requisito también salvable.

#### IV. Conclusiones

13. La resolución que hemos comentado se inicia con un elocuente “no es inscribible, por el momento”, lo que indica que realmente los motivos de rechazo de la inscripción no son contundentes. Comenzando por el más obvio, el señalado en el apartado cuarto del artículo 26 LAI, el consentimiento de la entidad pública española correspondiente al último domicilio del adoptando en España si éste es español, podría obtenerse con posterioridad a la adopción y, en consecuencia, bastaría requerirlo para que la entidad lo diera, si no aprecia ningún elemento que dé pie al fraude. Es cierto que han pasado dos años desde el traslado de la residencia de la niña a Portugal, tiempo suficiente para que pueda entenderse que en realidad este requisito no sería de mucha utilidad, pues probablemente la entidad no cuente con elementos suficientes para decidir de entrada sobre la situación de la niña y sobre su adoptabilidad.

14. En relación con la exigencia de que sea la entidad pública española competente la que emita el certificado de idoneidad de los adoptantes, si son españoles y residentes en España, como hemos visto, en el caso se aprecian dudas acerca de la efectiva residencia de los promotores de la inscripción. Tanto el Encargado del Registro como la Dirección los presumen domiciliados en España, por haber aportado el certificado de empadronamiento en Vigo, pero se trata de una presunción *iuris tantum*, otorgando la posibilidad de que demuestren realmente que donde residían cuando la adopción se constituyó era en Portugal, en cuyo caso no sería necesario el certificado español de idoneidad. Sin embargo, como he tratado de demostrar, hay argumentos suficientes para no solicitar más pruebas del domicilio de los promotores, puesto que hay indicios suficientes para entender que en Portugal estaban domiciliados cuando se constituyó la adopción. Tanto aportar el certificado portugués de idoneidad como la propia sentencia avalan este hecho. En ningún momento se habla de que se haya tratado de una adopción transfronteriza, en cuyo caso, debería haberse aplicado el CH 1993 y haberse aportado el correspondiente certificado de haberse constituido conforme al mismo.

---

<sup>21</sup> Consideran R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley de Adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, junio, 2009, pp. 27-28, que este requisito puede ser excesivo cuando haya pasado tiempo desde que el niño no reside en España.

INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO CELEBRADO  
EN ESPAÑA ENTRE UN ESPAÑOL Y UNA LITUANA  
RESIDENTES EN EL EXTRANJERO. REFLEXIONES  
SOBRE LA RESOLUCIÓN (16<sup>a</sup>) DE LA DGRN  
DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2019

REGISTRATION OF THE CANONICAL MARRIAGE  
CELEBRATED IN SPAIN BETWEEN A SPANISH NATIONAL  
AND A LITHUANIAN WOMAN RESIDING ABROAD.  
REFLECTIONS ON THE RESOLUTION (16<sup>TH</sup>)  
OF THE DIRECTORATE GENERAL OF REGISTRIES AND  
NOTARIES OF 14 NOVEMBER 2019

DIANA GLUHAIA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Internacional de La Rioja*

ORCID ID: 0000-0003-4187-1446

Recibido: 14.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6288>

**Resumen:** La Resolución de la DGRN de 14 de noviembre se enfrenta con la cuestión del acceso al Registro Civil español del matrimonio canónico celebrado en España entre un español y una lituana, ambos con domicilio en Londres. La DGRN acepta la inscripción en el Registro civil amparándose fundamentalmente en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos.

**Palabras clave:** matrimonio canónico, certificación eclesiástica, matrimonio celebrado en España entre español y extranjera, Registro Civil español.

**Abstract:** The Resolution of the DGRN of 14 November deals with the question of access to the Spanish Civil Register of the canonical marriage celebrated in Spain between a Spaniard and a Lithuanian, both domiciled in London. The DGRN accepts the registration in the Civil Register based on the Agreement between the Spanish State and the Holy See on legal matters.

**Keywords:** canonical marriage, ecclesiastical certification, wedding celebrated in Spain between Spaniard and foreigner, Spanish Civil Registry.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. El sistema matrimonial en España. IV. Competencia para la celebración del matrimonio en España. V. El matrimonio canónico y su inscripción en el Registro Civil. VI. Una solución que puede facilitar los matrimonios de complacencia. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El fenómeno de la celebración de los matrimonios mixtos ha aumentado en los últimos años, especialmente en España que se ha convertido en un país receptor de ciudadanos extranjeros. La celebración de los matrimonios mixtos no está exenta de problemas en la práctica, porque a veces estos matrimonios no cumplen con los requisitos de validez propios del mismo, falta el consentimiento matrimonial real, existen dificultades para inscribir el matrimonio en el Registro Civil, etc. Además, cabe destacar que según la forma elegida para celebrar el matrimonio los controles pueden ser más o menos rigurosos.

## II. Antecedentes de hecho

2. En el presente caso, se trata de la celebración de un matrimonio canónico el 20 de julio de 2018 en la parroquia situada en la Línea de la Concepción. El contrayente tiene la nacionalidad española, pero ha nacido y está domiciliado en Londres y la contrayente es de nacionalidad lituana y con domicilio en Londres. Un dato importante a tener en cuenta que ninguno de los dos tiene el domicilio en España en el momento de celebración del matrimonio.

3. Solicitada la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, mediante Providencia del 4 de octubre de 2018, el encargado del Registro Civil requirió a los interesados para que informasen sobre los requisitos y los documentos aportados en el expediente. El 12 de diciembre de 2018 el párroco de la iglesia de la Inmaculada compareció en el Registro Civil aportando la documentación solicitada y además manifestó que no les fue requerida a los contrayentes la acreditación del domicilio en España.

4. Mediante el Auto de 22 de enero de 2019 el encargado del Registro Civil denegó la inscripción del matrimonio canónico fundamentando dicha decisión en los artículos 49 y 57 del CC.

5. El Auto de denegación de la inscripción del matrimonio canónico fue objeto de recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que se alegaba que uno de los contrayentes era español y que el matrimonio debía producir efectos civiles desde su celebración porque fue celebrado en una de las formas previstas en el artículo 49 CC. La DGRN, apoyándose en los Acuerdos con la Santa Sede y en el citado artículo del CC, acogió la tesis de los recurrentes declarando inscribible el matrimonio.

## III. El sistema matrimonial en España

6. El matrimonio es una realidad natural y social y, por tanto, con una trascendencia de índole jurídica. En España existe un sistema matrimonial de modelo occidental, pero además es un sistema facultativo o de libre elección, en el que conviven el matrimonio civil, regido por el Derecho del Estado, y el matrimonio religioso de varias confesiones disciplinado éste en cuanto a su forma y fondo, en principio al menos considerado como acto jurídico, por la normativa confesional correspondiente, lo que se traduce en el reconocimiento de su eficacia civil, cumplidas ciertas condiciones<sup>1</sup>.

7. En relación con los requisitos para contraer matrimonio, es necesario distinguir entre los requisitos referidos al consentimiento, los que inciden en la capacidad de los contrayentes y, por otro lado, los exigidos por el carácter formal del acto matrimonial. A diferencia de otros países de la UE, tales como Francia, Alemania, Bélgica, Austria, etc., España admite diversas formas para celebrar el matrimonio. Los contrayentes pueden optar entre las siguientes formas: matrimonio en forma civil o el

---

<sup>1</sup> P. DE PABLO CONTRERAS, "Matrimonio civil y sistema matrimonial" en M. YZQUIERDO YOLSADA, M. CUENA CASAS (directores), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. I, 2.ª ed., Ed.: Aranzadi, Cizur Menor 2017, pp. 448-449.

matrimonio en cualquiera de las formas religiosas previstas en España. Están legalmente previstas en nuestro país la forma canónica (Acuerdo jurídico con la Santa Sede de 3 de enero de 1979)<sup>2</sup>, la forma de las iglesias Evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de noviembre de 1992)<sup>3</sup>, la forma hebreaica (Ley 25/1992, de 10 de noviembre)<sup>4</sup> y la forma islámica (Ley 26/1992, de 10 de noviembre de 1992)<sup>5</sup>.

**8.** La Disposición Adicional Quinta de la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria<sup>6</sup> también permite la celebración en España del matrimonio “en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España”. De esta forma pueden celebrar matrimonios en forma religiosa con efectos civiles: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones), los Testigos de Jehová, las Comunidades Budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto de estas confesiones extenderá certificado sobre la celebración del matrimonio y lo remitirá al Registro civil para su inscripción.

**9.** El matrimonio es un acto esencialmente consensual, pero solamente el consentimiento no es suficiente para contraerlo, pues dicho consentimiento se debe manifestar en la forma o formas establecidas por el legislador, tal como menciona el artículo 32 de la Constitución Española. El matrimonio es un acto solemne y cuya celebración se caracteriza por un particular formalismo, en este sentido es muy claro el artículo 49 CC, que es una norma de conflicto con varios puntos de conexión que determina la ley aplicable a la forma del matrimonio.

#### IV. Competencia para la celebración del matrimonio en España

**10.** Cuando dos personas, españolas o extranjeras quieren celebrar el matrimonio, es necesario instituir un expediente matrimonial previo en el que constan una serie de datos como: las menciones de identidad de los contrayentes, la edad y el sexo, la no concurrencia de impedimentos matrimoniales, etc. Dicho expediente matrimonial debe instruirse ante las autoridades civiles españolas en caso de matrimonio en forma civil, hebreaica o evangélica que se va a celebrar en España. Sin embargo, no es preciso un expediente matrimonial civil si se trata de un matrimonio que se celebrará en forma canónica o islámica en España. Las autoridades canónicas, en su caso podrán instituir el expediente canónico en España y celebrar el matrimonio en España, incluso en aquellos casos en los que ninguno de los contrayentes tiene el domicilio en España<sup>7</sup>, tal como sucede en el presente caso.

**11.** Respecto a la competencia para la celebración del matrimonio en España los criterios varían según la forma de celebración del matrimonio. La norma general requiere la existencia de un vínculo suficiente con España. En este sentido podemos señalar la anterior redacción del artículo 57 CC que mencionaba: “El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad (...)”. De esta forma, el domicilio de al menos uno de los contrayentes en España es un requisito obligatorio para celebrar el matrimonio civil en

<sup>2</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad de Vaticano, *BOE* núm. 300, de 15 de diciembre de 1979, pp. 28781 a 28782.

<sup>3</sup> Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, *BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38209 a 38211.

<sup>4</sup> Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, *BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38211 a 38214.

<sup>5</sup> Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, *BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38214 a 38217.

<sup>6</sup> Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria, *BOE*, núm. 158 de 03 de Julio de 2015.

<sup>7</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho” en A. L CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II. Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 40.

nuestro país, en caso contrario no existe funcionario español competente para celebrar el matrimonio. En consecuencia, la celebración del matrimonio en estas circunstancias debe declararse nulo<sup>8</sup>. El domicilio del contrayente se determina en base al artículo 40 del CC que equivale a residencia habitual<sup>9</sup>. Nótese que en el presente caso los dos contrayentes tienen su domicilio en Londres, y el único vínculo con España es la nacionalidad de unos de los contrayentes, pero parece que en principio no es suficiente según el CC.

12. En relación a los matrimonios religiosos celebrados en forma evangélica o hebrea, también se requiere por lo menos el domicilio de uno de los contrayentes en España, porque el expediente matrimonial previo se instruye por los Jueces encargados del Registro Civil correspondiente<sup>10</sup> y no por la Confesión religiosa.

13. Sin embargo, para la celebración del matrimonio religioso en forma islámica y canónica no se requiere instruir un expediente matrimonial civil previo, sino que se instruye el expediente por parte de las autoridades islámicas o canónicas. Por ello, estas dos formas religiosas abren la posibilidad de la celebración del matrimonio en España, sin que ninguno de los contrayentes tuviera domicilio allí.

14. El Acuerdo Jurídico entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 menciona en su artículo VI que: “*El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico*”. De esta forma, la competencia de los Ministros de culto católico para celebrar un matrimonio entre sujetos extranjeros, tengan o no el domicilio en España se rigen por el Derecho canónico. Dicho ordenamiento permite, en ciertos casos, el matrimonio en España de sujetos no españoles sin domicilio en España (RDGRN 4 de mayo 1988)<sup>11</sup>. Conforme al principio de jerarquía normativa estamos ante una norma internacional que remite la celebración del matrimonio al Derecho canónico que parece ser más permisivo y no requiere el domicilio en España por lo menos de unos de los contrayentes.

## V. El matrimonio canónico y su inscripción en el Registro civil

15. La doctrina considera que el matrimonio canónico es un concepto mucho más amplio que aquel que se celebra según las formas propias del derecho canónico. En este sentido nos gustaría citar la definición del matrimonio canónico del autor SOUTO PAZ<sup>12</sup> que lo define como: “un sistema matrimonial completo, en el que se regula la naturaleza, fines y constitución del vínculo, así como la capacidad de las partes, el consentimiento y la forma jurídica de su celebración (...)”.

16. El artículo 60 CC precisa que “el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles”. Este precepto distingue entre el matrimonio en forma religiosa canónica y matrimonios celebrados en forma religiosa no canónica. La expresión “matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico” remite en el momento constitutivo, no sólo a las reglas de éste sobre forma, sino también a las normas de fondo: eso sí, en ambos casos, en cuanto la unión pueda producir efectos civiles por no ser éstos incompatibles con los mismos u otros ya producidos con anterioridad<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> RDGRN 4 mayo 1988 [BIMJ\1494, pp. 2738-2739], RDGRN 4 de mayo 1990 [BIMJ núm. 1576, pp. 3943-3944], RDGRN de 29 de agosto 1992 [BIMJ\1652, pp.5767-4770], etc.

<sup>9</sup> RDGRN 4 de marzo de 1998 [BIMJ,1 de octubre 1998, núm. 1830, pp. 2427-2430].

<sup>10</sup> Artículo 238 Reglamento Registro civil: “Es competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio el Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes”, Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, *BOE*, núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958.

<sup>11</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, p. 45, Véase también la RDGRN 4 mayo 1988 [BIMJ\1494, pp. 2738-2739]; RDGRN 18 septiembre 1981[R. 5273], etc.

<sup>12</sup> J. A. SOUTO PAZ, *Derecho matrimonial*, Ed.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 75.

<sup>13</sup> P. DE PABLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 463.

**17.** El matrimonio canónico es válido desde su celebración y en aquellos casos que no haya sido inscrito en el Registro Civil español, el matrimonio válidamente celebrado surte efectos jurídicos. La inscripción del matrimonio en el Registro Civil es necesaria para dar fe del acto del mismo, así como de la fecha, hora y lugar en que se contrae. Es una inscripción principal y tiene carácter meramente declarativo y no constitutivo. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico será necesaria su inscripción en el Registro civil (art. 61.2 CC). El matrimonio canónico no exige para su constitución la inscripción en el Registro civil, sino constituye una *conditio juris* para la producción de efectos civiles<sup>14</sup>. Dicha inscripción en el Registro Civil es necesaria, para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, especialmente en relación con terceros de buena fe. Dicha exigencia se contiene también en el art. VI.I del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos y de acuerdo con NAVARRO VALLS este acuerdo no ha alterado el significado puramente declarativo de la inscripción registral del matrimonio canónico<sup>15</sup>.

**18.** En la misma línea, cabe destacar el artículo 59.3 de la Ley 20/2011 del Registro Civil de 21 de julio<sup>16</sup> que nos remite a lo previsto en el art. 63 del CC: “El matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación de la Iglesia o Confesión respectiva (...)”. La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil y que se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro se deduzca que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título” (Título IV), según establece el artículo 63 del CC. Según LUCES GIL<sup>17</sup>, esta exigencia legal de la inscripción en el Registro civil del matrimonio celebrado en forma religiosa, y que constituye un requisito indispensable para la producción de los efectos civiles, cumple evidentemente una triple función: a) La de control por parte del Estado de un acto jurídico formalizado conforme a un ordenamiento extraestatal y sin la intervención de sus funcionarios; b) La de garantizar la constancia fehaciente y pública de un importante acto de estado civil, en evitación de posibles fraudes e intentos de bigamia; y a nuestro juicio podemos también incluir a los matrimonios de complacencia. c) El facilitar a los particulares un medio de prueba cómodo y dotado de una eficacia privilegiada.

**19.** El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano en su artículo VI consagra que el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

Además, en el Protocolo Final menciona que inmediatamente después de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las Partes interesadas.

**20.** Un dato a tener en cuenta es que tenemos dos normas de jerarquía distinta que regulan la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil y que presentan una diferencia muy importante, lo que puede conllevar a varios conflictos en el ámbito matrimonial. Por una parte, la norma de origen

<sup>14</sup> R. NAVARRO VALLS, “Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español de 1979”, *Revista Derecho Privado*, marzo de 1980, p. 211 y ss.

<sup>15</sup> R. NAVARRO VALLS, op. Cit., p. 233.

<sup>16</sup> Ley 20/2011 del Registro Civil de 21 de julio, *BOE* núm. 175 de 22 de Julio de 2011.

<sup>17</sup> Fr. LUCES GIL, “Algunos problemas del régimen jurídico del matrimonio, tras la entrada en vigor de la Constitución y del nuevo Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español”, B.I. del Ministerio de Justicia, núm. 1216, 1980, p.7

internacional- el artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos que proclama que para que el matrimonio católico adquiere plenos efectos civiles “es necesaria su inscripción, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio. Es decir, basta con la simple presentación de la certificación eclesiástica para inscribir el matrimonio y parece que no es necesario que concurran los requisitos exigidos por el Código civil para la validez del matrimonio. El artículo VI del Acuerdo para Asuntos Jurídicos obliga al Estado a dar eficacia al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico desde su celebración, estamos ante una remisión total al derecho canónico. Y, por otra parte, tenemos el artículo 63.2 del CC que precisa que sí es necesaria la concurrencia de dichos requisitos para realizar la inscripción y la plena eficacia del matrimonio canónico<sup>18</sup>. Este artículo indica que se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos de su validez.

**21.** En cuanto al control de legalidad por parte del encargado del Registro civil varía según la forma de matrimonio escogida por los contrayentes. No hay control de legalidad por parte del encargado del Registro Civil Español en caso de matrimonio celebrado ante autoridad civil española (art. 62.1 CC y art. 255 RRC), o en forma religiosa canónica, hebrea o evangélica (art. 63 CC), porque el instructor del expediente matrimonial civil previo habrá comprobado varios datos sobre la capacidad nupcial y la legalidad del matrimonio<sup>19</sup>. En el presente caso se ha celebrado un matrimonio canónico que no requiere la instrucción del expediente matrimonial civil previo, porque habrá habido un expediente matrimonial instruido en todo caso por parte de las autoridades canónicas y bastaría con la simple presentación de la certificación eclesiástica por el sacerdote para acreditar la existencia del matrimonio celebrado en la iglesia de la Línea de Concepción para inscribirle en el Registro Civil Español. Además, en el caso de los matrimonios canónicos celebrados en España entra en juego la aplicación del art. 63.2 CC, que indica que se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos de su validez. En la misma línea, autores como ALBALADEJO<sup>20</sup> nos habla de un doble control en los matrimonios canónicos señalando que “el matrimonio canónico no es un matrimonio civil en forma canónica, sino que lo que exactamente es un matrimonio que requiriéndose que cumpla ante el Estado los requisitos que el Derecho de éste exige al matrimonio, ha de reunir requisitos por partida doble: los que exige el Derecho canónico, para ser un matrimonio canónico al que el Estado le pueda atribuir efectos civiles, y los que exige el Derecho civil a su propio matrimonio para que tales efectos puedan serle atribuidos por el Derecho del Estado”.

**22.** La Circular de 15 de febrero de 1980 de la DGRN sobre la inscripción en el registro civil de los matrimonios canónicos<sup>21</sup> que en su artículo 2 establece que el único título necesario para practicar la inscripción del matrimonio canónico es la simple certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio, bien la presentasen directamente los interesados, bien fuera remitida por el párroco al registro competente. Una de las orientaciones consiste en que los Encargados de los Registros civiles procurarán obtener la colaboración de los párrocos de sus respectivos territorios, a fin de que *las certificaciones eclesiásticas contengan las circunstancias requeridas para la inscripción, especialmente los datos registrales de los nacimientos de los esposos.*». Y además indica que el Encargado del Registro Civil practicará la inscripción mediante transcripción de los datos oportunos de la certificación eclesiástica, sin que pueda denegar el asiento a pretexto de que pudiera haber algún error u omisión en las circunstancias exigidas y a salvo lo que dispone el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil, que no se da en el

<sup>18</sup> M. L. LABACA ZABALA, “Eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *Saberes: Revista de Estudios jurídicos, económicos y sociales*, Vol. 5, Año 2007, p. 10; <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/788/744>

<sup>19</sup> J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Inscripción del matrimonio en el Registro civil español y Derecho Internacional Privado”, *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Nº 25, p. 59, 2019, DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i25.465>; M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Revista española de Derecho internacional*, 2017, pp. 93-118, <https://doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.1.04>

<sup>20</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV, Ed.: Edisofer, Madrid, 2008. p.58.

<sup>21</sup> Circular de la DGRN sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos, *BOE* núm. 47, de 23/02/1980.

presente caso. Por ello, la posible existencia de errores u omisiones en los datos que debe contener la certificación no *autoriza una resolución denegatoria de la inscripción* y lo más adecuado sería la adopción de una *resolución de suspender la práctica del asiento para subsanar los errores*.

23. En la misma línea, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 256 del Reglamento del Registro civil, en cuya virtud en el caso de los matrimonios, inclusive los celebrados en forma canónica “se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes (...) Certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española”.

## VI. Una solución que puede facilitar los matrimonios de complacencia

24. El fenómeno de los “matrimonios de complacencia” o llamados “matrimonios blancos” según la doctrina francesa<sup>22</sup> está en un cierto auge actualmente. Son matrimonios en el que uno de los contrayentes es extranjero y otro es español o se encuentra legalmente en el país y además existe una simulación de la intención matrimonial porque el verdadero fin no es contraer matrimonio, sino la obtención de beneficios en materia de nacionalidad y extranjería<sup>23</sup>. Para combatir este fenómeno y para evitar los fraudes en los matrimonios mixtos se han tomado varias medidas tanto a nivel europeo<sup>24</sup>, como a nivel internacional, como es la Recomendación 9 de la CIEC<sup>25</sup>. Dicha Recomendación ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico español mediante la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN<sup>26</sup>. Es posible que en un matrimonio canónico celebrado en España puede ser utilizado con fines fraudulentos para obtener una regularización de la situación de un extranjero en España y no contemple un verdadero propósito matrimonial.

25. Dicha Instrucción establece criterios y orientaciones prácticas para evitar el fraude documental de estado civil y se aplica también a las certificaciones eclesíásticas de matrimonio. Entre dichas recomendaciones se incluye la de que “Cuando existan indicios que hagan dudar de la exactitud de los datos que figuran en el documento presentado o de la autenticidad de las firmas, el sello o el documento en sí mismo, la autoridad competente en el asunto realizará todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado”, y la de que “Cuando de los elementos verificados se desprenda el carácter fraudulento del documento presentado, la autoridad competente se negará a otorgarle efecto alguno”.

26. En la presente Resolución es muy curiosa la interpretación realizada por la DGRN respecto a la aplicación del artículo 63.2 CC solamente en los casos de los matrimonios canónicos celebrados en el extranjero que conforme al artículo 73 de la Ley del Registro Civil (norma derogada por la entrada en vigor de la Ley 20/201, de 21 de julio del Registro Civil) requieren para su inscripción en el Registro Civil español la tramitación de un expediente previo, para que el Encargado del Registro Civil compruebe antes de practicar el asiento, si concurren los requisitos legales para su celebración. Según la DGRN este criterio no procede aplicarlo cuando se trata de matrimonios religiosos celebrados en España, para cuya inscripción basta con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva (art. 63 CC). De esta forma, hay menos controles de legalidad en los matrimonios canónicos celebrados

<sup>22</sup> E. RALSER “Le mariage blanc et le Droit International Privé”, LexOI & La Revue Juridique de l’Océan Indien, 2001, p.129, [http://www.lexoi.fr/docannexe/file/2774/rjoi\\_02\\_erals.pdf](http://www.lexoi.fr/docannexe/file/2774/rjoi_02_erals.pdf)

<sup>23</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, A. L. CALVO CARAVACA /E. CASTELLANOS RUIZ (Coords.) *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004, pp. 120-121.

<sup>24</sup> Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, *Diario Oficial* n° C 382 de 16/12/1997 pp. 0001 – 0002.

<sup>25</sup> Recomendación 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil, y de su memoria explicativa, adoptadas por su Asamblea General en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005.

<sup>26</sup> Instrucción de 20 de marzo de 2006, del DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, *BOE* núm. 97, de 24 de abril de 2006, pp. 15645 a 15650.

en España, porque según la DGRN en el presente caso debe examinarse la certificación eclesiástica de matrimonio como título para la inscripción, invocando los artículos 69 LRC y 81 RRC. Compartimos la idea de CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>27</sup> que menciona que el artículo 63.2 CC sí que es de aplicación a los matrimonios canónicos celebrados en España con la finalidad de evitar el acceso al Registro civil de los matrimonios nulos por falta de consentimiento matrimonial (RDGRN [74<sup>a</sup>] 12 mayo 2014<sup>28</sup>, RDGRN [2<sup>a</sup>] 6 marzo 2015<sup>29</sup>). En estas Resoluciones se denegó la inscripción del matrimonio canónico celebrado en España entre un español y extranjero por falta de consentimiento matrimonial.

## VII. Conclusiones

**27.** Llegados a este punto, a modo de conclusión, podríamos destacar las siguientes ideas:

**28.** La Resolución comentada nos parece correcta técnicamente, pero puede implicar varios problemas facticos. Nos gustaría señalar que conforme al principio de jerarquía normativa el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos es una norma internacional que está integrado en el ordenamiento interno español y prevalece sobre las disposiciones del Código civil. De esta forma el criterio de domicilio en España de por lo menos uno de los contrayentes no se exige para que la autoridad religiosa canónica se declare competente para celebrar el matrimonio.

**29.** El sistema facultativo o de libre elección admitido en España impone criterios distintos en los matrimonios con los extranjeros según la forma elegida para celebrarlo. Podemos concluir que se favorece más la celebración del matrimonio en forma religiosa canónica e islámica, porque no se requiere un vínculo suficiente con España para celebrar el matrimonio, como es el del domicilio de por lo menos de uno de los contrayentes. Esto puede ser señal y vía libre para los matrimonios de complacencia para obtener una regularización de la situación administrativa de un extranjero en España.

**30.** En los matrimonios canónicos no se instruye un expediente matrimonial civil ante la autoridad civil, sino un expediente ante la autoridad canónica lo que implica menos controles legales. En un matrimonio canónico entre un español y un extranjero falta el interrogatorio o la audiencia a cada uno de los contrayentes para cerciorarse sobre si es un matrimonio con verdadero consentimiento matrimonial. Es cierto que existe la Circular de 15 de febrero de 1980 de la DGRN que contempla algunas orientaciones para practicar la inscripción del matrimonio canónico y hace referencia a la colaboración entre los párrocos y los encargados del Registro civil, pero estas medidas no son suficientes. Un párroco no podrá encauzar un buen interrogatorio a los futuros contrayentes para llegar a descubrir la intención fraudulenta del matrimonio, tal como lo hace el funcionario.

**31.** Además, el criterio utilizado por la DGRN respecto a la aplicación del art. 63.2 CC da lugar a varios problemas en la práctica, porque el encargado del Registro civil debe comprobar antes de practicar el asiento, si concurren los requisitos legales para la celebración del matrimonio canónico solamente en los matrimonios celebrados en el extranjero, pero no en España. De esta forma, el matrimonio canónico celebrado en España puede abrir la puerta a la inscripción en el Registro civil de los matrimonios nulos por falta de consentimiento matrimonial. También sitúa, en casos como el presente, en mejor situación a quien contrae matrimonio canónico que a quien contrae matrimonio civil.

**32.** Sin duda, un matrimonio canónico celebrado en España entre un español y extranjero es relativamente más sencillo, más rápido y con menos controles legales por la forma de instrucción del expediente matrimonial y por la automática inscripción en el Registro civil español.

<sup>27</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Inscripción del matrimonio en el Registro civil español y Derecho Internacional Privado”, op. cit., p. 59.

<sup>28</sup> RDGRN [74<sup>a</sup>] 12 mayo 2014, [BIMJ 21 de enero de 2015]

<sup>29</sup> RDGRN [2<sup>a</sup>] 6 marzo 2015, [BIMJ 19 de agosto 2015]

# LA NOTIFICACIÓN JUDICIAL A UN ESTADO EXTRANJERO

## SERVICE ABROAD OF JUDICIAL DOCUMENTS TO A FOREIGN STATE

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*UNED*

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 28.06.2021 / Aceptado: 16.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6289>

**Resumen:** Análisis del complejo marco normativo aplicable a la notificación de un Estado extranjero demandado ante un órgano judicial español y propuesta de interpretación.

**Palabras clave:** Notificación. Estado extranjero.

**Abstract:** Analysis of the complex regulatory framework applicable to the service abroad to a defendant foreign State before a Spanish court and proposal for interpretation.

**Keywords:** Service abroad. Foreign State.

**Sumario:** I. Introducción. II. El Reglamento europeo en materia de notificación: aplicación a comunicaciones dirigidas a Estados miembros de la UE. III. El marco jurídico de fuente interna: remisión al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961. IV. A modo de conclusión.

### I. Introducción

1. El marco legal aplicable a la notificación de un Estado extranjero demandado ante tribunales españoles es complejo y aparentemente contradictorio. Junto con disposiciones convencionales (recogidas en distintos textos internacionales), la notificación a Estados extranjeros también tiene una regulación expresa en dos disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna: el artículo 27 de la *Ley de Cooperación Jurídica Internacional* (LCJI) y el artículo 54 de *Ley Orgánica sobre Privilegios e Inmidades de los Estados Extranjeros* (LOPI). Además, en los supuestos *intraeuropeos* (el Estado extranjero demandado es un Estado miembro de la UE), debe tenerse en cuenta también la posible aplicación del Reglamento de notificaciones *refundido*<sup>1</sup>.

2. Determinar el orden de aplicación de las normas potencialmente aplicables es el objeto de este estudio; y la oportunidad del mismo deriva del hecho de que la *Asesoría Jurídica Internacional* (AJI) del *Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación* (en adelante, Ministerio de

---

<sup>1</sup> *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 («notificación y traslado de documentos»)* (Reglamento de notificación *refundido*).

Asuntos Exteriores o MAEX) ha interpretado recientemente dicho marco legal de una forma, a mi juicio, cuestionable. Dicha interpretación se ha hecho por petición del TSJ de Madrid en el contexto de un procedimiento de auxilio a un arbitraje internacional.

3. Para estudiar la cuestión planteada, a continuación procederé a citar e interpretar las normas potencialmente aplicables a esta cuestión. Para ello empezaré haciendo una breve referencia a la aplicación del Reglamento de notificaciones *refundido* (de posible aplicación a supuestos *intraeuropeos*) en este tipo de supuestos. Posteriormente, analizaré el marco jurídico aplicable a los supuestos *extraeuropeos* (el Estado extranjero demandado no es un Estado miembro de la UE), y finalizaré con una breve conclusión que avanzo ahora de forma breve: los distintos cauces legales previstos en nuestro ordenamiento de fuente interna evitan la comunicación directa del tribunal del foro con el Estado demandado (preservando así su posible inmunidad) y garantizan los derechos de defensa del mismo. Por tanto, y sin perjuicio de las circunstancias de cada supuesto concreto (existencia o no de misiones diplomáticas en España o en el Estado extranjero), entiendo que practicar la notificación por cualquiera de los cauces previstos, sin orden de jerarquía, debe ser posible. De tal forma, además, que en un contexto de nulidad de actuaciones, el hecho de que el MAEX utilice una u otra vía no debiera tener la más mínima relevancia. No en vano, es el mismo MAEX -y no el órgano judicial- quien lleva a cabo esa notificación.

## II. El Reglamento europeo en materia de notificación: aplicación a comunicaciones dirigidas a Estados miembros de la UE

4. El artículo 1.1 del Reglamento de notificaciones *refundido* establece:

1. *El presente Reglamento se aplica a la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. No se aplica, en particular, en materia fiscal, aduanera o administrativa, o a la responsabilidad de un Estado miembro por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii).*

5. Como puede apreciarse, este instrumento excluye de su ámbito de aplicación *la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad* (“*acta iure imperii*”). Sin embargo, debe recordarse que la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 1 del Reglamento de notificaciones<sup>2</sup> ha considerado que las notificaciones de demandas interpuestas por particulares tenedores de deuda pública *contra un Estado* están incluidas en su ámbito de aplicación<sup>3</sup>. Esta interpretación amplia obliga, por tanto, a analizar el alcance de la aplicación de este Reglamento a supuestos en los que el Estado extranjero demandado ante un tribunal español sea un Estado miembro de la UE.

6. A los efectos que ahora importan, debe tenerse en cuenta el alcance de las expresiones “civil y mercantil” y “*acta iure imperii*” que recoge el citado precepto, al objeto de concretar si las normas de fuente interna pueden quedar o no desplazadas por la aplicación de este instrumento. Y es que, si se entiende que el alcance de la expresión “materia civil y mercantil” debe ser amplia y que el alcance de la expresión “*acta iure imperii*” debe ser restringida, muchos pueden ser los supuestos en los que la notificación al Estado extranjero demandado deba hacerse por el cauce o cauces que este Reglamento prevé; y no por las disposiciones previstas en el ordenamiento de fuente interna.

7. A este respecto, cabe apuntar, con carácter preliminar, que la interpretación que el TJUE ha hecho de las expresiones citadas en interpretación del Reglamento Bruselas I *refundido* es extrapolable al

<sup>2</sup> Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

<sup>3</sup> STJUE, 11.6.2015, C-226/13 y acumulados, *Helenische Republik*. ECLI:EU:C:2015:383.

ámbito del Reglamento de notificaciones *refundido*<sup>4</sup>. Y así, es de destacar que el TJUE ha interpretado el alcance de la expresión “civil y mercantil” de forma *amplia*<sup>5</sup> y *autónoma*. Es decir, la noción en cuestión no debe definirse por remisión al ordenamiento de un Estado concreto, sino atendiendo tanto a los *objetivos* y el *sistema* del Reglamento, como a los principios generales que se desprenden del conjunto de los sistemas de Derecho nacionales. A partir de aquí, para determinar si una materia es civil y mercantil es preciso examinar: (i) los rasgos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio; o (ii) el objeto del litigio. Ambas circunstancias no tienen por qué darse de forma cumulativa. A la luz de este examen puede concluirse que están excluidos del ámbito de aplicación tanto del Reglamento Bruselas I *refundido* como del Reglamento de *notificación* los litigios derivados de contratos con el Estado sometidos a un régimen jurídico público, los litigios derivados de un procedimiento de expropiación forzosa y los litigios de cobro de aranceles notariales (el notario como autoridad pública)<sup>6</sup>.

8. El papel que asume la autoridad pública que actúa en el litigio es también determinante a la hora de concretar si el supuesto está o no incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento (excepción “*acta iure imperii*”). Si actúa en el ejercicio del poder público, el litigio queda excluido del ámbito de aplicación del Reglamento<sup>7</sup>. Por tanto, para determinar si el Reglamento de notificación *refundido* es o no aplicable a un supuesto en el que un Estado sea parte –lo que supondría la inaplicación de las disposiciones de fuente interna– debe determinarse si la participación del Estado en la relación jurídica controvertida se caracteriza “*de modo patente por constituir una manifestación de la potestad pública, por corresponder al ejercicio de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares*”<sup>8</sup>. O dicho de otro modo: “*la manifestación de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio, en virtud de su ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares, excluye tal litigio del concepto de materia civil y mercantil*”<sup>9</sup>.

9. Desde esta perspectiva requiere especial atención la sentencia del TJUE en el asunto *Helel-nische Republik*<sup>10</sup>.

En el supuesto, una serie de bonistas alemanes adquirieron obligaciones emitidas por el Estado griego. A resultas de un cambio legislativo, el Estado griego ofertó un canje –por valor nominal inferior– de obligaciones ya emitidas por obligaciones de nueva emisión. Este cambio de obligaciones exigía la aceptación expresa de los acreedores privados. No obstante, el gobierno griego procedió al canje incluso frente a bonistas que no consintieron la oferta. En consecuencia, ciertos bonistas ejercitaron acciones por incumplimiento de obligaciones contractuales. Y fue en el marco del procedimiento de notificación al Estado griego donde se suscitó la cuestión relativa a la aplicación del Reglamento de notificación.

10. El TJUE entendió que tal supuesto estaba incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento de *notificación* y, en consecuencia, que el Estado griego debía ser notificado por los cauces previstos en el mismo. En concreto, partiendo de la base de que la “*finalidad de dicho Reglamento es mejorar y acelerar la transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales, a fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior*”, “*que la posibilidad de rechazar la notificación o el traslado de los documentos se limita a situaciones excepcionales*” y que las solicitudes sólo deben devolverse cuando estén “*manifiestamente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento*”<sup>11</sup>, el TJUE entendió que la emisión de obligaciones no

<sup>4</sup> Sobre el alcance de ambas expresiones –detenidamente– en el contexto del Reglamento Bruselas I *refundido*, vid. M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, en: PÉREZ LLORCA, *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 59-65.

<sup>5</sup> Entre otras, STJUE, 10.9.2009, C-292/08, *German Graphics*, ECLI:EU:C:2009:544.

<sup>6</sup> Ya en este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 98-99.

<sup>7</sup> Vid. como uno de los referentes más recientes, la STJUE, 25.3.2021, C-307/19, *Obala*, ECLI:EU:C:2021:236.

<sup>8</sup> STJUE, 15.2.2007, C-295/05, *Lechouritou*, ECLI:EU:C:2007:227 y sentencia citada en la nota núm. 3.

<sup>9</sup> STJUE, 28.4.2009, C-420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271.

<sup>10</sup> Vid. *supra* nota 3.

<sup>11</sup> Vid. marginales 40 y 41 de la sentencia.

presupone necesariamente el ejercicio de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, pues “*no cabe excluir que una persona jurídica de Derecho privado pueda acudir al mercado para financiarse, concretamente mediante la emisión de obligaciones*”<sup>12</sup>. Del mismo modo, tampoco procede hablar de un supuesto *iure imperii* si no resulta manifiesto que las condiciones financieras de los títulos controvertidos son fijadas unilateralmente por el Estado en cuestión. En el caso, el Tribunal consideró que no resultaba manifiesto que la adopción de una Ley hubiera producido directa e inmediatamente modificaciones en cuanto a las condiciones financieras de los títulos controvertidos.

11. El razonamiento así hecho por el TJUE es particularmente clarificador sobre la interpretación que debe hacerse del Reglamento de *notificación* a la hora de evaluar las circunstancias del supuesto y, en consecuencia, considerar o no incluido el mismo en su ámbito de aplicación material.

### III. El marco jurídico de fuente interna: remisión al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961.

12. En defecto de aplicación del Reglamento de notificaciones o en supuestos *extraeuropeos* será de aplicación, en primer lugar, el Derecho convencional ratificado por España y, subsidiariamente, las normas del ordenamiento jurídico de fuente interna que regulan este particular supuesto: como hemos adelantado ya, el artículo 27.1 LCJI y el artículo 54.1 LOPI. A continuación recogemos el tenor de los preceptos aplicables, para mejor comprensión de las interpretaciones que el marco en cuestión plantea.

#### Artículos 3.1 y 41.2 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961.

3.1. *Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:*

a) *Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor.*

41.2. *Todos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él o con el Ministerio que se haya convenido.*

#### Artículo 27 LCJI. *Emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidos a Estados extranjeros.*

1. *Los emplazamientos, citaciones, requerimientos y cualesquiera otros actos de comunicación judicial dirigidos a Estados extranjeros se realizarán por vía diplomática a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, debiendo comunicarse por nota verbal y de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961.*

#### Artículo 54 LOPI. *Procedimiento de comunicación entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y los órganos jurisdiccionales españoles*

1. *El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación remitirá el emplazamiento o la notificación del órgano jurisdiccional a la misión diplomática o a la representación permanente española correspondiente, a los efectos de su traslado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado extranjero o al órgano competente de la organización internacional.*

#### Artículo 22.1 de la Convención NU sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (no en vigor). *Notificación de la demanda*

1. *La notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado se practicará:*

<sup>12</sup> Marginal 55 de la sentencia.

- a) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o
- b) de conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o
- c) a falta de tal convenio o arreglo especial:
  - i) transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o
  - ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro.

**13.** Como puede observarse, el texto convencional aplicable en este ámbito es el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, al que, además, remite expresamente el artículo 27.1 LCJI. Esta remisión al Convenio de Viena –que, en esencia, regula las funciones de las misiones diplomáticas-, entiendo que, para el particular contexto de notificaciones a Estados extranjeros demandados ante tribunales españoles, se concreta en el artículo 41.2) del mismo<sup>13</sup>. En su virtud, el órgano judicial debe notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores para que sea éste quien –mediante nota verbal- notifique a la Embajada del Estado demandado sita en España. Repárese, sin embargo, que el cauce así descrito es distinto al cauce previsto en el artículo 54 LOPI (comunicaciones entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y los órganos judiciales españoles). En efecto, el artículo 54 LOPI –cuyo título no refleja con precisión el supuesto que regula- prevé que el Ministerio de Asuntos Exteriores remita la notificación a la misión diplomática española en el Estado extranjero demandado, para que sea esa misión diplomática la que, a su vez, remita la notificación al Ministerio de Asuntos Exteriores de ese Estado. Es decir, mientras que el artículo 27.1 LCJI prevé –mediante remisión al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas- que la comunicación se haga a la Embajada extranjera en España, el artículo 54 LOPI, por su parte, prevé que esa comunicación se haga a la Embajada española en el Estado extranjero.

La *Asesoría Jurídica* del Ministerio de Asuntos Exteriores español [AJI] afirma que: “11.- El régimen previsto en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Inmунidades se encuentra en plena armonía con la Ley de CJIMC, con el mandato de la Convención de Viena de 1961 y con la Convención de Nueva York de 2004, en cuyo artículo 22.1.c se establece el mismo sistema que previó nuestro Legislador en la LO de Inmунidades y la Ley de CJMI de 2015, cuatro años después de que el Reino de España se hubiera adherido a la citada Convención de Nueva York”<sup>14</sup>.

**14.** Ante este complejo marco normativo debe determinarse entonces si existe algún tipo de jerarquía entre los cauces descritos o si, por el contrario, ambos pueden invocarse indistintamente. Pues bien, a mi juicio, la respuesta a la cuestión así suscitada debe resolverse del siguiente modo: debe prevalecer, en principio, el cauce previsto en el convenio internacional en vigor que regula esta cuestión (al que, además, remite expresamente el artículo 27.1 LCJI) sobre el cauce previsto en el artículo 54 LOPI. De tal forma que solo en aquellos supuestos en los que, a la luz de las circunstancias, no pudiera seguirse el cauce previsto en el texto internacional, entraría en juego el cauce previsto en el artículo 54 LOPI. Esta interpretación estaría, además, en línea con la *ratio* del mismo artículo 54 LOPI. Repárese en que el citado precepto se inspira en el artículo 22 de la *Convención NU sobre las Inmунidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes* (no en vigor)<sup>15</sup>; precepto que diseña un cauce de transmisión por vía diplomática con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado muy similar al previsto en el artículo 54 LOPJ. Ahora bien, como explicita el mismo precepto, el cauce descrito es de aplicación *subsidiaria* “a cualquier convenio internacional aplicable” o “cualquier arreglo especial de

<sup>13</sup> Y no al artículo 27 del texto convencional, como he destacado en otra sede. *Vid.*, M. GÓMEZ JENE, “Artículo 27. Emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidos a Estados extranjeros”, en: M MÉNDEZ GONZÁLEZ / G. PALAO MORENO (Dirs.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 350-360.

<sup>14</sup> Informe AJI de 15 de junio de 2021, N°: 22438 CJB/MBP (inédita).

<sup>15</sup> No en vigor, aunque España está adherido al mismo.

notificación entre el demandante”; es decir, reconoce la aplicación de cualquier otro convenio internacional aplicable: en nuestro particular contexto, el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En consecuencia, el cauce inicialmente aplicable para notificar a un Estado extranjero demandado ante un tribunal español es el cauce previsto en el citado Convenio de Viena.

15. En cualquier caso, a la luz de las circunstancias del supuesto concreto (*ad ex.* no ratificación del Convenio por el Estado al que deba notificarse, falta de representación diplomática en España), incluso podría defenderse la aplicación alternativa de las normas citadas, siguiendo un simple criterio de eficacia: se trataría de aplicar aquella norma que garantizase la notificación de la forma más rápida posible sin poner en riesgo ni la *inmunidad soberana* ni los *derechos de defensa* del Estado afectado. Así visto, ningún inconveniente debe plantear el hecho de que una notificación se tramite por el cauce del artículo 54 LOPI en vez de por el cauce previsto en el Convenio de Viena: ambas vías garantizan perfectamente tanto la *inmunidad soberana* del Estado afectado (evitando cualquier comunicación directa entre tribunales del foro y la misión diplomática) como los *derechos de defensa* del Estado demandado.

16. Lo que, en cualquier caso es evidente es que el hecho de que se utilice un cauce u otro (no se utiliza el cauce del Convenio porque el Estado no tiene embajada en España) no supone una vulneración alguna de una norma esencial del procedimiento que justifique, por ejemplo, una nulidad de actuaciones. Y desde esta perspectiva, la escasa jurisprudencia de los tribunales españoles demuestra cierta confusión al respecto, llegando incluso a deducir del marco legal aplicable unas conclusiones desorbitadas. Así, el TSJ de Madrid ha apreciado una nulidad de actuaciones porque el MAEX utilizó en su momento el cauce del Convenio de Viena frente al cauce previsto en el artículo 54 LOPI para notificar a un Estado extranjero<sup>16</sup>.

#### IV. A modo de conclusión

17. El cauce para librar la notificación a un Estado extranjero demandado ante un tribunal español, aun siendo complejo, debería aplicarse del siguiente modo:

En primer lugar debe tenerse en cuenta la posible aplicación del Reglamento de notificaciones *refundido* (supuestos *intraeuropeos*).

En defecto de aplicación del Reglamento (básicamente, supuestos *extraeuropeos*) es de aplicación, en principio, el cauce previsto en el artículo 41.2 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas antes que el cauce previsto en el artículo 54 LOPI.

No obstante lo anterior y a la luz de las circunstancias (existencia o no de misiones diplomáticas), la aplicación del artículo 54 LOPI también puede considerarse, pues tanto el cauce previsto en el Convenio de Viena como el cauce previsto en este último precepto preservan igualmente tanto la *inmunidad soberana* del Estado afectado como sus *derechos de defensa*. Asumiendo el respeto a ambas cuestiones, el hecho de que el Ministerio de Asuntos Exteriores utilice un cauce y no otro no debe tener consecuencia alguna en el contexto del procedimiento abierto contra el Estado extranjero: ambos cauces respetan por completo tanto la *inmunidad de jurisdicción* como los *derechos de defensa* de dicho Estado.

Declarar una nulidad de actuaciones –como ha hecho el TSJ de Madrid– dos años después de haberse dictado la resolución que está en el origen del incidente de nulidad (¡) porque el MAEX utilizó el cauce previsto en el Convenio de Viena y no el cauce previsto en el artículo 54 LOPI es incomprensible: ambos cauces respetan plenamente las garantías del Estado demandado.

<sup>16</sup> Auto TSJ de Madrid, 29 junio 2021, Juicio Verbal (250.2) 4/2018. El auto, no obstante, contiene un acertado y estudiado voto particular cuyo sentido comparto plenamente.

# ARBITRAJE EUROPEO: UNA CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 65/2021, DE 15 DE MARZO

## EUROPEAN ARBITRATION: A CRITICAL REVIEW OF THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 65/2021, OF MARCH 15

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*

*UNED*

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 11.07.2021 / Aceptado: 27.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6290>

**Resumen:** La sentencia del TC objeto de comentario otorga el amparo y anula una sentencia del TSJ de Madrid en virtud de la cual se anulaba un laudo arbitral. El laudo, pese a ser dictado en equidad, trae causa de un arbitraje europeo, en la medida en que al fondo de la controversia le era aplicable Derecho imperativo de la UE. Esta circunstancia es crucial, pues en virtud de las sentencias *Eco Swiss* y *Achmea*, del TJUE, el control que debe ejercer el tribunal que conoce de la anulación del laudo es particularmente intenso: en palabras del TJUE, el juez debe “examinar” la aplicación del Derecho imperativo de la UE. Lejos de tener en cuenta esta jurisprudencia –aplicable al caso- el TC se desmarca con una interpretación difícilmente conciliable con la jurisprudencia del TJUE. Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el mismo TC ha vulnerado el derecho del justiciable a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que no ha resuelto conforme al sistema de fuentes establecido.

**Palabras clave:** Arbitraje europeo. Derecho imperativo de la UE. Motivación. Laudo en equidad. Orden público.

**Abstract:** The judgment of the Constitutional Court (CC) granted constitutional protection and annulled a judgment of the High Court of Madrid by virtue of which an arbitral award was annulled. The award, although rendered in equity, arose from a European arbitration, insofar as mandatory EU law was the applicable law to the merits. This circumstance is crucial, since under the CJEU’s *Eco Swiss* and *Achmea* judgments, the scrutiny to be exercised by the court hearing the annulment of the award is particularly intense: in the words of the CJEU, the judge must “examine” the application of mandatory EU law. Far from taking into account this case law - applicable to the case - the CC dissociates itself with an interpretation that is difficult to reconcile with the case law of the CJEU. From this perspective, it is worth asking whether the Constitutional Court itself has violated the right of the defendant to due process (art. 24.2 EC), insofar as it has not ruled in accordance with the established system of sources.

**Keywords:** European arbitration. Mandatory EU law. Statement of reasons. Award in equity. Public policy.

**Sumario:** I. Introducción. II. Arbitraje europeo: delimitación. III: Laudo en equidad. IV. Aplicación de la cláusula de orden público: la motivación de los laudos arbitrales sí tiene incidencia en el orden público. V. La cuestión prejudicial. VI. Anulación parcial por aplicación de la cláusula de orden público. VII. A modo de conclusión.

## I. Introducción

1. Pasado un plazo prudencial desde que el Tribunal Constitucional (TC) dictara su particular *saga* de sentencias vinculadas a la acción anulación en materia de arbitraje<sup>1</sup> y pasado también un plazo prudencial para la necesaria divulgación de las mismas<sup>2</sup>, conviene centrarse ahora en aquella sentencia que, a mi juicio, requiere mayor atención: la STC 65/2021, de 15 de marzo. La sentencia en cuestión otorga el amparo al demandante, que solicitaba la anulación de una sentencia del TSJ de Madrid que, a su vez, anulaba un laudo arbitral dictado en equidad, pero que resolvió la controversia en aplicación de normas *imperativas* del Derecho de la Unión Europea (UE). En efecto, el arbitraje que está en el origen de este asunto era un arbitraje que bien podría calificarse –en términos coloquiales– como un “arbitraje SWAP”: un arbitraje que resuelve una controversia a la que, ineludiblemente, le es de aplicación las Directivas MIFID<sup>3</sup>. De este dato fundamental deriva el interés de la sentencia seleccionada y conviene, por tanto, insistir en ello: el arbitraje del que trae causa esta sentencia es un arbitraje *europeo* que, por la materia a resolver, exigía la aplicación de normas *imperativas* del Derecho de la Unión (transpuestas al ordenamiento interno).

2. Tan determinante circunstancia pasa, sin embargo, totalmente desapercibida para el TC y, en consecuencia, dicta un fallo que se caracteriza por adoptar un enfoque extraordinariamente restringido sobre la cuestión relativa a la *motivación* del laudo. De hecho, al ignorar por completo la decisiva relevancia de la jurisprudencia del TJUE sobre el *control* del laudo que resuelve en aplicación de normas imperativas del Derecho de la Unión, el TC realiza una serie de afirmaciones tan tajantes como desafortunadas. No repara el TC en que *control* del laudo y *motivación* del mismo no son cuestiones o compartimentos estancos; son, antes al contrario, cuestiones que, en un supuesto como el de autos, van de la mano: como con criterio ha establecido el TJUE en su sentencia *Achmea*, en expresa referencia al arbitraje comercial, el *control* en sede de anulación exige que las normas imperativas del Derecho de la Unión “*puedan ser examinadas*”<sup>4</sup>. Repárese bien en el término escogido por el Tribunal de Justicia: “*examinadas*”; término que, en buena lógica, demanda una intensidad de revisión que alcance a la *motivación*.

3. Así las cosas, en las siguientes líneas me limitaré a demostrar cómo la jurisprudencia del TJUE ha impuesto, por un lado, un *canon de control del laudo* particularmente intenso para supuestos concretos de aplicación de normas imperativas y, por otro, la obligación de invocar la *cláusula de orden público* en aquellos supuestos en los que *no* se supere dicho control. De lo anterior se deducirá que, en el contexto del arbitraje *europeo*, no caben afirmaciones –por erróneas– como las que hace la sentencia objeto de comentario: “*la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público*”. Con carácter previo pondré de relieve la importancia capital de la *dimensión europea* del supuesto y, desde esta perspectiva, definiré lo que entiendo que debe calificarse como arbitraje *europeo* (cómo se identifica) y qué consecuencias se derivan de tal calificación tanto para el justiciable como para el órgano judicial del Estado miembro que controla el laudo.

4. No entraré, por tanto, en el análisis del laudo –cubierto bajo el manto de la *equidad*–, por más que estime que la jurisprudencia del TJUE no es compatible con ciertas afirmaciones que parecen insertas en el mismo y transcribe el TC en su fallo: “*el laudo denegó la indemnización de daños y perjuicios al no haber ocasionado el contrato SWAP perjuicio alguno, pues el contrato cumplió su función y la demandante incurrió en deslealtad por retraso en la reclamación*”. A mi juicio, no puede arrebatársele al justiciable, bajo el argumento hueco de la deslealtad, el momento en que éste debe presentar su de-

<sup>1</sup> STC 46/2020, de 15 de junio, ECLI:ES:TC:2020:46; STC 17/2021, de 15 de febrero, ECLI:ES:TC:2021:17; STC 55/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:55; y, la sentencia objeto de este comentario, STC 65/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:65.

<sup>2</sup> Vid. *La Ley Mediación y Arbitraje*, Abril 2021, Núm. 6, dedicado íntegramente a comentar estas sentencias.

<sup>3</sup> Tanto las Directivas como Reglamento aplicables en este contexto, así como el derecho interno en el que aquellas normas se desarrollan están convenientemente citadas en el relevante voto particular de la sentencia que el TSJ de Madrid ha dictado en este asunto tras la sentencia del TC: STSJ de Madrid, 21 abril 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:4401.

<sup>4</sup> STJUE 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, § 54.

manda o solicitud de arbitraje. En el contexto del derecho bancario, la jurisprudencia del TJUE evoluciona de forma lenta pero rigurosa y será por tanto, a la luz de los criterios que esta jurisprudencia vaya asentando, cuándo y cómo se determine la forma y el momento en que la tutela judicial deba o pueda ser ejercitada. Nada hay de desleal en quien espera, por ejemplo, a un concreto pronunciamiento del TJUE o del TS para ejercer su tutela.

## II. Arbitraje europeo: delimitación

5. La jurisprudencia del TJUE afecta con particular intensidad al arbitraje comercial internacional; y lo hace desde muchas y relevantes perspectivas: desde la eficacia de las mismas *anti-suit injunction*<sup>5</sup>, hasta la posibilidad de adoptar y reconocer medidas cautelares en apoyo de un arbitraje<sup>6</sup>, pasando por el control del laudo que aplica Derecho *imperativo* europeo al fondo de la cuestión<sup>7</sup>. Tan es así, que la jurisprudencia del TJUE alcanza y afecta directamente a la interpretación que los tribunales de los Estados miembros deben hacer del Convenio de Nueva York de 1958 (CNY): recuérdese, en efecto, que en su célebre sentencia *Eco Swiss*<sup>8</sup>, el TJUE impuso –que no sugirió– una interpretación concreta y determinada del artículo V.2.b/ CNY (*orden público*) en aquellos supuestos en los que el laudo resolviese la controversia en aplicación de Derecho imperativo de la UE. En el epígrafe correspondiente analizaré más detenidamente el alcance de esta jurisprudencia y su repercusión al supuesto de autos.

6. Siendo por tanto incuestionable que la jurisprudencia del TJUE afecta directamente al arbitraje internacional desde muy distintas perspectivas, cabe preguntarse entonces por los criterios que un arbitraje debe reunir para considerarse *europeo*. De tal forma que, de ser calificado como tal, el arbitraje quedaría automáticamente afectado por la jurisprudencia del TJUE. Pues bien, desde esta perspectiva, entiendo que puede calificarse como *arbitraje europeo* un arbitraje cuya sede se localice en un Estado miembro y, cumulativamente, aplique Derecho de la UE (en cualquiera de sus manifestaciones) al fondo de la controversia. Con independencia absoluta del lugar de residencia de las partes; que podrá ser o no en un mismo Estado miembro, en distintos Estados miembros de la UE, o en el mismo o en distintos terceros Estados. Es decir, la *dimensión europea* del arbitraje viene dada por circunstancias muy particulares –ajenas a un criterio espacial– como son, cumulativamente, el Derecho europeo aplicable al fondo, por un lado, y por la competencia de un tribunal de un Estado miembro para controlar el laudo, por otro<sup>9</sup>. Si cumulativamente se dan ambas circunstancias, los órganos jurisdiccionales deberán ejercer un control sobre el laudo acorde con el mandato diseñado por el TJUE en su jurisprudencia, pues aunque para el TC haya pasado desapercibida, la jurisprudencia del TJUE impone una particular forma de analizar el laudo cuando el mismo resuelva una controversia en aplicación del Derecho de la UE.

7. La dimensión *europea* alcanza tal magnitud y relevancia que, de darse, la aplicación de otras normas convencionales al supuesto puede quedar totalmente desplazada. Es decir, ante un arbitraje *europeo*, la posible aplicación del artículo VIII del *Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional* (CG) –que, en esencia, permite la no motivación del laudo– queda totalmente desplazada si su aplicación supone tanto como contravenir la jurisprudencia del TJUE. Y ello es así, otra vez, porque el mismo TJUE se ha preocupado mucho de señalar que el Derecho convencional en vigor entre los Estados miembros solo puede ser de aplicación cuando su aplicación al supuesto no desvirtúe la eficacia del Derecho europeo<sup>10</sup>. En consecuencia, si el arbitraje cuyo laudo es sometido a anulación es calificable

<sup>5</sup> STJUE 10 febrero 2009, C-185/07, *Allianz* (también conocida como *West Tankers*), ECLI:EU:C:2009:69.

<sup>6</sup> STJUE 17 noviembre 1998, C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543.

<sup>7</sup> STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:97; y sentencia *Achmea* citada en nota a pie núm. 4.

<sup>8</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>9</sup> La relevancia que en este contexto de calificación tiene el Derecho europeo aplicable al fondo viene establecida de forma expresa en la sentencia *Achmea* (nota a pie núm. 4).

<sup>10</sup> STJUE 4 mayo 2010, C-533/08, *TNT*, ECLI:ES:C:2010:243; STJUE 19 diciembre 2013, C-452/12, *Nipponkoa*, ECLI:ES:C:2013:858; y, STJUE 4 septiembre 2014, C-157/13, *Nickel*, ECLI:ES:C:2014:2145.

como *europeo*, no es posible invocar el artículo VIII CG para justificar la falta de motivación del mismo en supuestos en los que el laudo sí deba estar motivado (por aplicación de normas *imperativas* del Derecho de la UE). Este precepto convencional cede ante la jurisprudencia del TJUE que exige, para determinados supuestos, cierto nivel de revisión.

8. Asentadas por tanto las bases que tuvo que tener en cuenta el TC –y que no tuvo-, analizaremos la jurisprudencia del TJUE que, sin duda, hubiera obligado al órgano constitucional español a dar otra respuesta al supuesto; no sin antes demostrar que el carácter en equidad del laudo en nada condiciona o desvirtúa la necesaria consideración de la jurisprudencia del TJUE al supuesto de autos.

### III. Laudo en equidad

9. Es sabido, y no requiere mayores explicaciones, que bajo el manto de la equidad no puede desdibujarse la aplicación del Derecho *imperativo* al fondo del asunto. Ese es, precisamente, el límite de la *equidad*<sup>11</sup>. En consecuencia, en el asunto de autos, el hecho de que el arbitraje fuera de equidad, es cuestión irrelevante: en la medida en que eran de aplicación las Directivas MIFID (normas imperativas de la Unión), el juez encargado del control del laudo debió, y así lo hizo en el primer fallo, “*examinar*” (en terminología intencionada del TJUE) la aplicación de las normas que las transponen al supuesto. El reproche que hace por tanto el TC a la intensidad de control es muy desafortunado: el juez de anulación debe *examinar* el laudo que resuelve en aplicación del Derecho imperativo de la UE, porque así se lo impone el TJUE. El hecho de que el arbitraje fuera de equidad no desvirtúa en modo alguno tal mandato.

10. A partir de lo anterior, se entenderá también que la siguiente afirmación del TC respecto del arbitraje de equidad, no puede extenderse a supuestos de aplicación de normas imperativas: “*El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos –no necesariamente jurídicos- que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes*”<sup>12</sup>.

### IV. Aplicación de la cláusula de orden público: la motivación de los laudos arbitrales sí tiene incidencia en el orden público

11. Hay ciertas afirmaciones en las recientes sentencias del TC en materia de arbitraje que deben acogerse con mucha cautela, pues su alcance puede verse necesariamente restringido según concurren o no determinadas circunstancias en el caso<sup>13</sup>. La circunstancia más relevante –y que es la que ahora importa- es la relativa a la aplicación de normas imperativas del Derecho de la Unión al fondo de la controversia. Tomando en cuenta esta circunstancia, la siguiente manifestación del TC –anterior a la sentencia objeto de comentario- tampoco puede aceptarse en toda su extensión: “*habrá de recordarse que la anulación solo puede referirse a errores in procedendo, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales sólo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral*”<sup>14</sup>.

12. Quizá para salvar la rotundidad del párrafo transcrito deba hacerse una interpretación muy amplia de lo que son errores *in procedendo*; de tal forma que este concepto abarque ciertos supuestos que,

<sup>11</sup> Expresamente en este sentido, Auto AP de Barcelona, 28 septiembre 2010, ECLI:ES:APB:2010:5651A. *Vid.* también en este sentido, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 331-333; C. ESPLUGUES MOTA, “Artículo 34”, en: S. BARONA VILAR (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2011, p. 1372.

<sup>12</sup> STC 17/2021, de 15 de febrero ECLI:ES:TC:2021:17. Anteriormente, en el mismo sentido, STSJ del País Vasco, 11 diciembre 2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:2423.

<sup>13</sup> *Vid.* las sentencias citadas en la nota 1.

<sup>14</sup> STC 17/2021 de 15 de febrero. ECLI:ES:TC:2021:17.

en puridad, constituyen errores *in iudicando*. Este argumento podría incluso sustentarse en la definición tan amplia que el mismo TC ha hecho de la expresión “errores *in procedendo*”; contexto en el que sí aprecia el posible juego de la cláusula de orden público. El orden público en su vertiente procesal -viene a decir el TC- “*sólo puede tener por objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución anterior*”<sup>15</sup>. Es más, si bien se lee el párrafo transcrito, se aprecia una importante contradicción con la desafortunada expresión: “*la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público*”. En efecto, resulta que la motivación carece de incidencia en el orden público pero, sin embargo, la motivación está incluida en la definición amplia de errores *in procedendo* que, en su caso, sí permite activar la cláusula de orden público. Alimenta la confusión el siguiente párrafo, que ve similitudes entre la motivación de la sentencia y la motivación del laudo, pero que parece negar la aplicación del orden público para anular el laudo irrazonable: “*no cabe duda de que la operación de enjuiciamiento de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE)*”<sup>16</sup>.

**13.** En cualquier caso –y aun a riesgo de ser reiterativos-, dice el TC en la sentencia objeto de comentario que “*la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público*”. Afirmación tajante y categórica que, por un lado y tal y como hemos demostrado en el párrafo anterior, contradice su misma jurisprudencia, y que, por otro, no puede aceptarse en el contexto de un arbitraje europeo como el que subyace en autos. De hecho, si llevamos tal afirmación al extremo –y a los meros efectos ilustrativos-, habremos de convenir que motivaciones del tenor “*porque este árbitro estima que no son de aplicación normas imperativas del Derecho de la UE al supuesto*” difícilmente podrán cuestionarse en sede de anulación: ¿qué motivo de anulación puede esgrimirse para anular un laudo que motiva de tal manera? Particularmente, no veo encaje posible ni el artículo 41.1.a/ (*validez del convenio arbitral*); ni el artículo 41.1.b/ (*derechos de defensa*); ni el artículo 41.1.c/ (*incongruencia ultra petita, extra petita y citra petita*); ni el artículo 41.1.d/ (*irregularidades procedimentales*); ni, por supuesto, en el artículo 41.1.e/ (*arbitrabilidad de la materia*)<sup>17</sup>. Es decir, a falta de mejor encaje u motivo *ad hoc* de anulación, estimo que la motivación del laudo que resuelve por aplicación de Derecho imperativo de la UE debe controlarse por el cauce de la cláusula de orden público. De nuevo, la jurisprudencia del TJUE soporta firmemente esta interpretación (*infra* 15).

**14.** Tomando en consideración los párrafos transcritos de la jurisprudencia del TC, paso ya a transcribir y comentar los párrafos de las sentencias *Eco Swiss* y *Achmea* que, a mi juicio, entran en contradicción con la sentencia del TC que comentamos. Tales párrafos marcan la senda que deben seguir los tribunales de los Estados miembros, como mínimo, en aquellos supuestos en los que o bien el Derecho de la Unión –Reglamentos- o bien el Derecho derivado de la Unión sea de aplicación al supuesto. Como se constatará, el TJUE defiende en sede de anulación una limitada revisión de los errores *in iudicando* del árbitro (algo que el TC, insisto en ello, parece impedir).

**15.** El punto de partida que ha planteado la sentencia *Achmea* en el contexto de una acción de anulación de un laudo arbitral que ha resuelto en aplicación de Derecho de un Estado miembro (en el caso, Derecho derivado de la UE) es, a mi juicio, más que explícito: “*incumbe a los órganos jurisdiccio-*

<sup>15</sup> STC 17/2021 de 15 de febrero. ECLI:ES:TC:2021:17. Este párrafo se recoge en términos prácticamente idénticos en la sentencia objeto de comentario.

<sup>16</sup> STC 17/2021 de 15 de febrero, ECLI:ES:TC:2021:17.

<sup>17</sup> *Vid.* sobre la cuestión relativa al encaje de la *motivación* como motivo de anulación en los motivos previstos en el artículo 41 LA, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Anulación parcial de laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional (STC 65/2021, de 15 de marzo)”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, Junio 2021, Núm. 7.

nales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables”<sup>18</sup>. Tan elocuente manifestación –garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión y la tutela judicial del justiciable- se hace, precisamente, en el contexto de una acción de anulación de un laudo arbitral; que no en otro. Así las cosas, cabe plantearse si, por lo menos para supuestos de dimensión europea, la afirmación del TC en cuya virtud “*el deber de motivación de los laudos no nace del art. 24 CE, es decir del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino del art. 37.4 LA*” es compatible con el punto de partida que el TJUE asume, precisamente, en supuestos de anulación de laudos y que sí ve en el control del mismo una garantía a “*la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables*”. Y siendo en la dimensión europea el control del laudo una garantía del justiciable –como expresamente destaca el TJUE-, no veo otra forma de garantizar tal tutela si no es por la vía del control de la *motivación*.

16. Establecido lo anterior -elocuente de por sí- procede traer a colación los razonamientos que el TJUE desarrolló en la sentencia *Eco Swiss*; razonamientos alejados del punto de partida que ahora asume el TC. Así, es ya muy sintomático que el TJUE advierta de inicio en este fallo que, de ser aplicable Derecho de la Unión al fondo de la controversia (no necesariamente *imperativo*), el control del orden público implica un control *limitado* del Derecho aplicado al fondo del asunto. A partir de aquí, el TJUE demanda un control especial de las normas *imperativas* del Derecho de la Unión: un control que permita efectivamente apreciar si, en el supuesto de hecho, se han observado -o inobservado- los límites o prohibiciones impuestos por el Derecho imperativo de la UE. Finaliza el TJUE su razonamiento imponiendo a los jueces de los Estados miembros una interpretación específica del artículo V.2.b/ CNY acorde a lo anterior; esto es, exigiendo a los jueces de los Estados miembros la apreciación de la cláusula de orden público en caso de inobservancia de los límites o prohibiciones impuestos por el Derecho imperativo de la UE. El fallo es cristalino a este respecto: “32. *En primer lugar, procede señalar que si un arbitraje convencional suscitara cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, especialmente en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso. A partir de aquí, “35. ... las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales*”<sup>19</sup>. Ese carácter limitado deviene en un carácter más amplio cuando el Derecho a examinar sea Derecho imperativo: 36. **No obstante...**, *el artículo 85 del Tratado [actual art. 101 TFUE] constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 85 del Tratado [actual art. 101 TFUE], que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho. 37. De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado [actual art. 101 TFUE]*”. 38. *No obsta a esta conclusión el hecho de que el [CNY], ratificado por todos los Estados miembros, establezca que sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si se prueba la existencia de determinados vicios, en concreto, que la sentencia incumple o excede de los términos de la cláusula compromisoria, que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia son contrarios al orden público del país en el que se solicita su reconocimiento o la ejecución...* 39. *En efecto, por los motivos mencionados en*

<sup>18</sup> Citada en nota a pie núm. 4.

<sup>19</sup> En la versión alemana de esta sentencia la postura a favor de una revisión limitada del laudo se entiende mucho mejor: “*Die Erfordernisse der Effizienz des Schiedsverfahrens rechtfertigen [es], Schiedssprüche nur im beschränkten Umfang zu überprüfen und die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Versagung seiner Anerkennung nur in außergewöhnliche Fällen vorzusehen*”.

*el apartado 36 de la presente sentencia el artículo 85 del Tratado [actual art. 101 TFUE] puede considerarse una disposición de orden público en el sentido de dicho Convenio.*

17. Evidentemente, si el TJUE dice que la aplicación de la cláusula de *orden público* prevista en el CNY debe apreciarse para denegar el *execuátur* del laudo arbitral en supuestos de inobservancia del Derecho imperativo de la UE, con mayor motivo debe poder accionarse la misma cláusula en sede de anulación. Lo contrario sería tanto como crear un desequilibrio o distinción absurda entre un orden público aplicable en sede de *execuátur* y un orden público aplicable en sede de *anulación*.

18. La posterior sentencia *Achmea* –que dedica un párrafo *ad hoc* al arbitraje comercial- no solo confirma esta jurisprudencia, sino que, además, recuerda expresamente que el control del laudo arbitral en sede de anulación comprende necesariamente al *examen* de las normas fundamentales del Derecho de la Unión. Hasta tal punto debe llegar ese examen –y esto bien podría considerarse como una guía sobre el alcance de la revisión de la *motivación*- que, en su caso, el tribunal de anulación debe incluso poder plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación del derecho aplicable al fondo del arbitraje. Es decir, por más que el TC diga que solo cabe una revisión *in procedendo* del laudo arbitral, para el TJUE el control *in iudicando* es incluso obligado en determinados supuestos –muy limitados, pero también muy importantes-: “54. *Ciertamente, por lo que se refiere al arbitraje comercial, el Tribunal de Justicia ha declarado que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, apartados 35, 36 y 40, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartados 34 a 39)*”.

19. Basta con confrontar este párrafo de la sentencia *Achmea* con las abruptas afirmaciones del TC para constatar que éste último ha impuesto un límite al control del laudo arbitral que la jurisprudencia del TJUE expresa y conscientemente no quiere. Por lo menos para supuestos de arbitraje *europeo*. De hecho, con una interpretación tan radical como la que el TC impone, el *diálogo* entre el TJUE y el órgano judicial del Estado miembro encargado del control del laudo es inviable: diálogo que el mismo TJUE plantea como *canon* de control del laudo. Es decir, el control debe llegar hasta tal punto que el órgano judicial, al *examinar* el laudo, pueda *dialogar* con el TJUE sobre las dudas de interpretación del Derecho de la UE. Esta interpretación –de control limitado, pero control- es, además, la única que permite al TJUE preservar el control sobre el Derecho de la UE; que es, en última instancia, de lo que se trata<sup>20</sup>.

20. Por último, cabe también preguntarse si la férrea posición adoptada por el TC en este contexto hubiera sido la misma si el control del laudo se hubiese planteado en un supuesto de *corrupción*. Tema candente en la jurisprudencia comparada<sup>21</sup>, que bien demuestra la dificultad de encajar las afirmaciones del TC en todos los supuestos de anulación posibles.

## V. La cuestión prejudicial

21. Dictada la sentencia de amparo, el TSJ dicta nueva sentencia tomando en consideración los criterios que el TC impone<sup>22</sup>. El “segundo fallo” asume, como no podía ser de otro modo, el criterio del

<sup>20</sup> Por eso, precisamente, la UE no ratificó el CEDH. El dictamen que su momento emitió el TJUE sobre esta cuestión es particularmente esclarecedor: Dictamen 2/13 del TJUE, 18 diciembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>21</sup> *Vid.* I. IANCU, “Addressing corruption in international arbitration: a look at the *Alstom* and *Bariven* cases”, en, C. GONZÁLEZ- BUENO (Ed.), *40 under 40 International Arbitration (2021)*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 305-317.

<sup>22</sup> STSJ de Madrid, 21 abril 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:4401.

TC, si bien se hace lamentable eco de la desafortunada afirmación del TC. Dice también esta sentencia: “*En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público*”.

22. En cualquier caso, este segundo fallo contiene un interesante y extenso voto particular –que, en lo principal, comparto- y que, a diferencia de la sentencia, es sensible a la jerarquía de “*los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, en relación con las Directivas MIFID*”. Siendo esto innegablemente así y siendo como eran de aplicación las Directivas MIFID al supuesto –el voto particular de este “segundo fallo” lo explica con mucha claridad-, cabe cuestionarse entonces sobre la oportunidad de una *cuestión prejudicial* ante el TJUE sobre esta cuestión. A mi juicio, hubiera sido muy interesante tener la opinión del TJUE sobre la compatibilidad de los criterios establecidos por el TC en su sentencia con los criterios establecidos por el TJUE en sus sentencias *Eco Swiss* y *Achmea* –plenamente aplicables al supuesto de autos-. De hecho, estimo que por la dimensión *europaea* del supuesto, la citada cuestión era exigible. Lamentablemente, parece que en autos no se consideró la oportunidad de la misma; pero ello no debería suponer que, a futuro, y en supuestos como los de autos, se considere seriamente esta opción.

## VI. Anulación parcial por aplicación de la cláusula de orden público

23. Aunque finalmente el TC no se haya pronunciado expresamente sobre la procedencia o no de la nulidad *parcial* del laudo por aplicación de la cláusula de orden público, no puede dejar de hacerse mención a la opinión –que comparto- del Ministerio Fiscal sobre el particular. Como recoge la sentencia objeto de comentario, por aplicación del principio de justicia rogada en materia arbitral y el principio de permanencia de los actos, el Ministerio Fiscal estima que “*aquello que haya sido objeto del laudo y no se vea contaminado por ninguna de las causas del art. 41 debe mantener su validez*”.

24. En efecto, no deja de ser lamentable que el tercer párrafo del artículo 41 LA limite la anulación *parcial* del laudo arbitral a determinados supuestos. En concreto, la anulación *parcial* se predica respecto de dos motivos de nulidad: extralimitación de los árbitros (incongruencia *extra petita* y otras manifestaciones) y arbitrabilidad. Que la anulación parcial abarque a estos supuestos es perfectamente comprensible: puede que solo una parte de la controversia sea inarbitrable y puede también que la incongruencia o extralimitación se manifieste también de forma limitada<sup>23</sup>. Sin embargo, la invalidez del convenio arbitral, la vulneración de los derechos de defensa o las irregularidades procedimentales (art. 41.1 a/, b/ y d/, respectivamente) constituyen motivos de anulación que invalidan automáticamente el laudo en su integridad; no son motivos de anulación, por tanto, que puedan considerarse de forma matizada de cara a una anulación parcial. Y así, por ejemplo, si el convenio arbitral es inválido, es evidente que ninguna parte del laudo puede “salvarse”.

25. Ahora bien, no ocurre lo mismo con el *orden público* como motivo de anulación. En efecto, aunque el precepto no lo contemple, es innegable que la apreciación del orden público como motivo de anulación también puede ser parcial: los árbitros pueden vulnerar el orden público de distintas formas en un aspecto, cuestión o pronunciamiento concreto de la controversia, de tal forma que en el laudo pueda delimitarse el concreto ámbito de tal vulneración. Siendo esto así, y teniendo en cuenta que el artículo 41.3 LA no recoge el orden público como motivo de anulación de apreciación parcial, se impone una interpretación teleológica del precepto basada en su auténtica *ratio*: la conservación, en la medida de lo posible, del laudo<sup>24</sup>. En consecuencia, debe admitirse la nulidad parcial del laudo por aplicación del orden público a un aspecto, cuestión o pronunciamiento concreto del laudo. De hecho, los tribunales

<sup>23</sup> Para un ejemplo de anulación parcial por aplicación del artículo 41.1.c/, STSJ del País Vasco 13 diciembre 2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:3811.

<sup>24</sup> Ya en este sentido, J. CADARSO PALAU, “Artículo 41”, en J. GONZÁLEZ SORIA (Coor.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 593.

aceptan con carácter general esta interpretación y, en consecuencia, han venido anulando parcialmente laudos arbitrales en aplicación de la excepción de *orden público*<sup>25</sup>. Único requisito en este contexto es que las cuestiones objeto de nulidad “*tengan sustantividad propia y no parezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal*”<sup>26</sup>. Y así, por ejemplo, se ha procedido a anular únicamente la parte del laudo relativa a las costas, por imponerse sin motivación “*que supere el canon de arbitrariedad o se acomode a las reglas de la lógica*”<sup>27</sup>; la parte relativa a los *intereses* fijados en el laudo<sup>28</sup>; algún pronunciamiento concreto del laudo por infracción de las reglas de la carga de la prueba<sup>29</sup>; así como cuando no hayan sido aplicadas normas imperativas a un pronunciamiento concreto del laudo<sup>30</sup>.

26. En cualquier caso, mientras no se produzca una necesaria modificación de la Ley de Arbitraje en este punto, la aportación del Ministerio Fiscal del TC supone un elemento relevante más a favor de admitir la anulación *parcial* del laudo arbitral en aplicación de la cláusula de orden público.

## VII. A modo de conclusión

27. A modo de conclusión, de lo hasta aquí dicho pueden extractarse las siguientes ideas:

- Determinadas afirmaciones del TC hechas en la sentencia de referencia –“*la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público*”- deben ser necesariamente matizadas, atendiendo si al fondo del asunto le son o no de aplicación normas imperativas del Derecho de la UE. Del mismo modo que el TC ha matizado en esta sentencia el alcance de su desafortunada expresión –*arbitraje como equivalente jurisdiccional*- es muy necesario ahora delimitar el alcance de expresiones tan contundentes como las citadas más arriba.
- Por otro lado, para asegurar una mínima coherencia con la jurisprudencia europea (particularmente, sentencias *Eco Swiss* y *Achmea*), además de imponerse una interpretación amplia de lo que el TC califica como “errores *in procedendo*”, debe entenderse también que en supuestos de aplicación de Derecho imperativo hay un limitado juego del orden público *material*.
- Por fin, tan severa es la desconexión del TC con la jurisprudencia del TJUE que cabe incluso preguntarse si el mismo Tribunal ha vulnerado el derecho del justiciable a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que no ha resuelto conforme al sistema de fuentes establecido<sup>31</sup>: al supuesto le eran de aplicación los criterios que el TJUE ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia y, sin embargo, no han sido aplicados.

<sup>25</sup> STSJ de Madrid, 2.2.2016, ECLI:ES:TSJM:2016:702; STSJ de Madrid, 11 octubre 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:10733; STSJ de Madrid, 13 diciembre 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:12822; STSJ de Madrid, 1 octubre 2019, ECLI:ES:TSJM:2019:9201.

<sup>26</sup> Paradigmática, SAP de Sevilla, 20 diciembre 1996, *RCEA*, 1998, pp. 111-114.

<sup>27</sup> STSJ de Madrid, 11 octubre 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:10733. En sentido similar, STSJ de Madrid, 21 enero 2019, ECLI:ES:TSJM:2019:971.

<sup>28</sup> STSJ de Andalucía, 12 enero 2015, ECLI:ES:TSJAND:2015:826.

<sup>29</sup> STSJ de Madrid, 12 febrero 2019, ECLI:ES:TSJM:2019:978.

<sup>30</sup> STSJ de Madrid, 13 diciembre 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:12822.

<sup>31</sup> STC 37/2019, de 26 de marzo, ECLI:ES:TC:2019:37.

# LA NO AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO DE CONVENIENCIA ENTRE DOS EXTRANJEROS.COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (19ª) DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2019

## AUTHORISATION FOR MARRIAGE BETWEEN TWO FOREIGNERS DENIED. COMMENTS ON RESOLUTION (19) 10<sup>TH</sup> SEPTEMBER 2019

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER  
*Catedrática de Derecho internacional privado*  
UNED

Recibido: 19.05.2021 / Aceptado: 08.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6291>

**Resumen:** Este comentario tiene por objeto el examen de uno de los requisitos de autorización del matrimonio por el Encargado del Registro civil español en supuestos en que ambos contrayentes son extranjeros y establecidos en España, en particular, el relativo al consentimiento. Sujeto a un estricto procedimiento de control como prevención de los llamados matrimonios simulados

**Palabras clave:** Matrimonio entre dos extranjeros en España. Denegación por simulación.

**Abstract:** This comment deals with the requirements to authorise marriage celebration between two foreigners established in Spain. Particularly the matrimonial consent, submitted to an special procedure in order to prevent White marriages

**Keywords:** Marriage. Foreigners. Marriage to celebrate in Spain. Denied.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos. III. Contexto normativo. IV. Examen de la Doctrina de la DG en el presente caso. 1. El problema teórico. 2. El factor temporal. V. Una valoración.

### I. Introducción

1. En la Resolución (19ª) de 10 de septiembre de 2019<sup>1</sup> la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DG) se enfrenta de nuevo con los llamados matrimonios de conveniencia, simulados o fraudulentos, denominaciones que designan una misma realidad. Cuando se califican como simulados se quiere significar una simulación de la intención matrimonial por lo que realmente no hay un consentimiento matrimonial, luego el matrimonio sería potencialmente nulo porque no se ha querido. Cuando se denominan fraudulentos se pone de relieve la utilización de la institución matrimonial con la finalidad de evitar la regulación en materia de extranjería o la voluntad de acogerse a través del matrimonio a las ventajas de obtener la residencia en España por reagrupación familiar<sup>2</sup> y, a la larga,

<sup>1</sup> BMJ nº 2233, sept. 2020.

<sup>2</sup> El derecho a la reagrupación familiar se regula en la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica

la nacionalidad española por una vía privilegiada<sup>3</sup>. Como ha sintetizado la DGRN, “consiste en aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero”<sup>4</sup>.

## II. Hechos

2. En el caso objeto de este comentario una pareja de nacionales italianos pretendía contraer matrimonio habiéndose instado la tramitación del expediente previo de autorización ante el encargado del Registro Civil de Mijas (Málaga). Acompañaban la siguiente documentación: el interesado, documento de identidad, certificado de capacidad matrimonial y volante de empadronamiento en dicha localidad; la interesada presentaba certificado de capacidad matrimonial y certificado de residencia. Comparecen dos testigos manifestando su convicción de que el proyectado matrimonial no incurre en prohibición legal alguna. En el trámite de audiencia reservada, concluido el interrogatorio por separado a cada uno de los interesados, el encargado propone la denegación de la autorización y notificado el Ministerio fiscal, confirma la resolución recurrida y ordena la remisión del recurso a la DG.

3. Nos hallamos pues ante la preparación de un matrimonio simulado en el que destaca el dato, por infrecuente, de que se trate de dos extranjeros residentes en España quienes proyectan contraer matrimonio ante las autoridades españolas. La práctica nos tiene más acostumbrados a los casos en que es un extranjero quien desea contraer matrimonio con español, en la perspectiva de alcanzar las ventajas en el ámbito del derecho de extranjería o de la nacionalidad, bien sea en España o bien en el extranjero.

4. Pues bien, la presente Resolución reproduce la doctrina de otros casos: 1º) Se parte de un planteamiento conflictual asumido que si bien no existe una norma de conflicto ad hoc que designe la ley aplicable a la validez del consentimiento, corresponde a la ley personal de los interesados dado que “el consentimiento matrimonial, como elemento esencial en la celebración del matrimonio (art. 45 Cc) al ser materia directamente vinculada con el “estado civil” como tal, está sujeta al mismo estatuto personal de los contrayentes”<sup>5</sup>. 2º) Desde este mismo planteamiento conflictual, se descarta la aplicación de la ley extranjera inicialmente competente (italiana), sin siquiera haber sido contrastada, anticipando que su aplicación “pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico”<sup>6</sup>. 3º) Presupone que los interesados, estarían sujetos a una legislación (extranjera) que “admite en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, sin causa o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio... Pero ...lo determinante para excepcionar la aplicación de la ley extranjera es el hecho de que un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, en la medida en que la voluntad declarada no se corresponda con la interna, produciéndose en tales casos una discordancia consciente cuyo efecto es la nulidad absoluta..., y ello cualquiera sea la causa simulationis o propósito práctico pretendido.. que actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que del ius nubendi se desprende en favor de la verdadera voluntad matrimonial”<sup>7</sup>.

---

4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000 sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social, BOE nº 103, de 30 de abril de 2011, última modificación de marzo 2014.

<sup>3</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y Nacionalidad española”, Anales de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 20, 2002, pp. 7-34, espec. pp.11-14.

<sup>4</sup> Vid. Instrucción DGRN de 31 de enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia (BOE de 17 febrero 2006), Exposición de motivos y apart. II; se venía fraguando en la Res. DGRN de 14 junio 2005; en términos análogos la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, que define los matrimonios blancos como “aquellos celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con español o con quien ya se encuentra legalmente en el país”.

<sup>5</sup> Cf. apart. IV in fine.

<sup>6</sup> Cf. apart. V

<sup>7</sup> Cf. apart. V

### III. Contexto normativo

5. Es éste uno de los campos en los que la DG se ha visto abocada a construir un procedimiento de control de validez ad hoc ante el creciente número de casos. La propia Unión Europea se ha implicado en el control de dichas prácticas por lo que comportan de fraude a la política de reagrupación familiar inicialmente prevista por la Directiva CE 2003/86, de 22 de septiembre 2003 sobre derecho a la reagrupación familiar, alcanzando enormes proporciones y se manifiesta en todos los Estados miembros de la UE. Ya en una temprana Resolución del Parlamento Europeo de 1987 se advertía sobre estas prácticas y se invitaba a los Estados miembros a la adopción de medidas adecuadas para perseguirlas. Fue seguida de una Resolución del Consejo de la UE de 4 de diciembre de 1997, sobre medidas que se deberán adoptar en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>8</sup>. Por último, con fecha 26 de septiembre 2014 la Comisión de la UE, siempre preocupada por el fraude a la legislación de extranjería y alertada sobre un incremento cierto, hizo pública una Guía en la que presuponiendo el trámite de la audiencia previa en las legislaciones de los Estados miembros, abunda y desarrolla una relación de indicios acerca de los hechos que pueden llevar a la autoridad a la sospecha, así como en el tipo de preguntas que se pueden formular a los contrayentes para que la autoridad se forme la convicción de que se halla ante un matrimonio simulado<sup>9</sup>. Finalmente, a una identidad de razón la Comisión internacional de estado civil promovió la Recomendación n.º 9, adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil, invocada por la DG en otros muchos sectores en el ámbito personal y familiar.

6. En el caso concreto de España esta misma preocupación cristalizó en un primera Instrucción DG de 9 de enero 1995 sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio<sup>10</sup>, cuando uno de los contrayentes estuviera domiciliado en el extranjero, recomendando al Juez encargado del Registro incidir en el interrogatorio a los contrayentes durante el trámite de audiencia reservada en el expediente previo a la celebración o en todo caso con anterioridad a la inscripción registral. Mecanismo de prevención o ex ante que no ha resultado suficiente para evitar o reducir estas prácticas, dando lugar a una segunda Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia<sup>11</sup>. Dicha Instrucción, en línea con lo que se venía haciendo en los países de nuestro entorno, introdujo unas pautas de actuación para las autoridades que van más allá de la prevención de la celebración de los matrimonios simulados o en fraude de ley, como se había hecho en la Instrucción de 9 de enero de 1995. De esta extensa Instrucción interesan dos importantes aspectos: en primer lugar, como establecer la prueba de la simulación y así evitar la celebración- y, en su caso la inscripción registral- del matrimonio simulado; en segundo término, un sistema de presunciones con los que la autoridad registral puede llegar a la convicción de hallarse ante un matrimonio simulado y con ello evitar la autorización -y sobre todo la inscripción registral-.

7. Medios de prueba. La prueba de la simulación se aborda partiendo de la premisa de la dificultad de obtener pruebas directas de la voluntad de los contrayentes. El problema estriba en averiguar mediante hechos objetivos si cabe afirmar o presumir la existencia de un consentimiento no matrimonial. El instructor tiene que apreciar “la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio” (hoy

<sup>8</sup> DOCE n.º 382 de 16 diciembre 1997.

<sup>9</sup> Tiene por destinatarios a las autoridades de los Estados miembros de la UE para que puedan tener ideas y en este sentido fomenta las buenas prácticas. La finalidad no es crear normas jurídicas ni afirmar derechos u obligaciones en la autoridad más allá de lo que prevean los ordenamientos nacionales. Se trata de un texto disponible al público.

<sup>10</sup> BOE n.º 21 de 25 de enero de 1995.

<sup>11</sup> BOE n.º 41 de 17 de febrero 2006. La Instrucción de 31 de enero de 2006 fue mal acogida por un sector de la doctrina española que, también aquí, propone dejar de operar sobre la base de la ley nacional del o de los interesados (art. 9.1 Cc) y acudir a la aplicación directa de la ley española si se demuestra que no hay verdadero consentimiento matrimonial (señaladamente, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, núm. 6542, 2006, pp.1547-1559). Una acogida favorable sin embargo es la de A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los matrimonios de complacencia y la instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN”, *La Ley*, núm. 6622, pp. 1472-1488.).

art. 58.5 LRC 2011<sup>12</sup>), más exactamente, un consentimiento matrimonial. Difícil tarea la de identificar la voluntad real del o de los contrayentes a partir de unos hechos objetivos. Requiere de los contrayentes presentar pruebas (art. 58.5 LRC). Para probar la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial el instructor se puede servir de pruebas documentales directas (p.ej certificaciones registrales extranjeras o fes de vida, certificación consular, declaración jurada y prueba por testigos<sup>13</sup>). O, como establece hoy la LRC 2011, “podrá solicitar informes y practicar las diligencias oportunas” (art. 58.5 LRC 2011). Pero aun existiendo éstas, es necesario acudir a la audiencia reservada y por separado de cada uno de los cónyuges.

**8. Audiencia reservada.** El trámite de audiencia reservada (art. 246 RRC) tiene por objeto prevenir su celebración ante autoridad española -o evitar la inscripción registral si ésta tuvo lugar en el extranjero-. La Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995 se proyectaba sobre todos los matrimonios celebrados en el extranjero y se configuraba esta fase como “un interrogatorio bien encauzado... que permita llegar a deducir la voluntad fraudulenta de una o de las dos partes”<sup>14</sup>. La Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006 avanza para requerir de las Autoridades españolas un interrogatorio “lo más completo posible”, al ser un medio de control preventivo que debe alcanzar “no solo a la capacidad matrimonial” sino también a averiguar la veracidad del “consentimiento matrimonial” de los contrayentes<sup>15</sup>.

**9. Técnicamente** consiste en practicar la prueba por presunciones, es decir, “deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar”<sup>16</sup>, a partir de ciertos datos<sup>17</sup>. Los datos pueden proceder de los propios contrayentes o de terceras personas e incluso de algún testimonio escrito. Han de ser referidos 1º) bien al conocimiento desconocimiento mutuo de datos personales esenciales de uno o ambos respecto del otro contrayente, 2º) bien a la vista de la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes; 3º) al mismo tiempo los datos que no afectan ni al conocimiento personal mutuo, ni a la existencia de relaciones previas, no son relevantes para inferir de estos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado. 4º) Por último, se añaden reglas de funcionamiento, que basadas en la presunción general de buena fe, porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que el encargado del Registro civil alcance la certeza moral plena de hallarse en presencia de un matrimonio simulado. La prueba por presunciones requiere que: 1º) los hechos estén plenamente demostrados; 2º) que exista una relación causal entre hechos e indicios plenamente razonada y 3º) que si existen otras razones para explicar los indicios, se analicen y se expliquen las causas del rechazo<sup>18</sup>. La averiguación de la verdadera intención de los contrayentes se hace depender de la destreza de las autoridades encargadas de la instrucción.

#### IV. Examen de la Doctrina de la DGRN en el presente caso

**10.** Pues bien, siendo éste el contexto jurídico, la Resolución DG objeto de este comentario se enmarca en los parámetros señalados y sigue en lo esencial las indicaciones contenidas en la Instrucción

<sup>12</sup> Art. 58.5 LRC 2011: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario o Encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán SOLICITAR los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio.”

<sup>13</sup> Res. DGRN de 31 de enero de 2003.

<sup>14</sup> Adecuado, como se afirmó, para medir la capacidad nupcial de los contrayentes y su aptitud para manifestar el consentimiento, pero no para acreditar la autenticidad del consentimiento matrimonial (arts. 146-147 RRC) (cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia...”, cit. nota 3, p. 21.)

<sup>15</sup> Así se había pronunciado en Res DGRN (4ª) de 26 de enero 2005

<sup>16</sup> Res. DGRN (2ª) de 1 de junio de 2009

<sup>17</sup> Cf. Regla IX Instrucción de 2006

<sup>18</sup> C. OTERO CASTRILLÓN, “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la Memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, 2003, pp.287-296, espec. p. 293

de 2006. Omito por el momento comentar el dato de la aparente ausencia de contraste de la ley extranjera sino aplicación directa ley española.

## 1. El problema teórico

**11.** En la presente Resolución se trata indistintamente que en los matrimonios simulados medie un consentimiento abstracto o sin causa matrimonial<sup>19</sup> -el supuestamente previsto por la ley italiana- que en definitiva llevaría a excluir los efectos del matrimonio, o que se trate de una práctica en la que existe una discrepancia entre la voluntad manifestada y la voluntad real lo que supone una voluntad matrimonial inexistente<sup>20</sup>. Lo relevante es la infracción del derecho fundamental a contraer matrimonio, al afirmar que “cualquiera sea la causa de la simulación o propósito pretendido...actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que del *ius nubendi*. Equivale a afirmar que el consentimiento matrimonial forma parte del contenido de la cláusula de orden público en la medida en que el *ius nubendi* es un derecho fundamental.

**12.** Como en todos los contratos simulados hay una discrepancia entre la voluntad real –que no es entrar en la institución matrimonial- y la declaración de voluntad<sup>21</sup>. En la doctrina civilista, ha habido resistencia para caracterizar estas prácticas como fallos del consentimiento. Hay dos planos, se ha dicho, la creación a través de las declaraciones de voluntad de una mera apariencia y la voluntad real de excluir los efectos de la institución matrimonial. El ámbito subjetivo o interno, lo que quieren las partes, no es relevante para el Derecho. Lo que fallaría es la causa matrimonial, porque en definitiva lo que los interesados excluyen en estas prácticas son los efectos del matrimonio<sup>22</sup>.

**13.** Hasta la Instrucción de 31 de enero de 2006 la construcción de la DGRN gira en torno a la veracidad o validez del consentimiento. A partir de ésta se da un paso más al admitir, junto a la moderna doctrina civilista, que se trata de matrimonios con causa falsa<sup>23</sup>, lo cual permite vincular estos matrimonios con el contenido de la institución. Pues bien, como quiera que los matrimonios de conveniencia se conciban como matrimonios sin causa, ésta es un elemento que se objetiva y forma parte del contenido de la institución. Si el interesado o los interesados lo que pretenden es entrar en una institución regulada por el Derecho español, lo que se acepta o rechaza es el matrimonio conforme a Derecho español y ello justificaría la aplicación de la ley española.

**14.** La clave del problema consiste en optar por una u otra caracterización: bien fallo en el consentimiento, bien matrimonios con causa falsa. La primera conduce a un planteamiento conflictual y por tanto potencialmente abierto a lo que disponga la ley extranjera. La segunda conduce a la aplicación directa de la ley española. Ocurre sin embargo que en el presente caso ambos planos emergen entreverados.

**15.** En un esquema conflictual<sup>24</sup>, seguido en principio por la Resolución objeto de este comentario<sup>25</sup>, el consentimiento sería una cuestión de fondo del matrimonio que, a falta de norma conflictual

<sup>19</sup> Cf. Instrucción de 2006, apart. V

<sup>20</sup> Cf. Instrucción de 2006, apart. V.

<sup>21</sup> Cf. A. CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Aranzadi, 2010, p. 143

<sup>22</sup> Cf. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. 1995, p. 93; Como se ha dicho, el consentimiento se desvirtúa...existe y normalmente no es posible atribuirle vicio alguno; pero no es posible atribuirle una calificación matrimonial pues falta la voluntad de asignarle los fines de la institución matrimonial (cf. P. DOMINGUEZ LOZANO, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *REDI*, 1995, num. 1 pp. 317-318.

<sup>23</sup> Vid. Instrucción de 2006, espec. apartados II y IV

<sup>24</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ tras un examen de la práctica contrapone el planteamiento conflictual puro y el planteamiento de *lois de pólce* (vid. “Matrimonios de conveniencia y Nacionalidad española”, cit. nota 3.)

<sup>25</sup> Y como se sostiene en la Instrucción DGRN de 2006, apart. VI a). Dicha Instrucción dio lugar a un amplio debate doctrinal sobre la contraposición entre el método conflictual y el método de la aplicación directa de la ley española, recogido con

especial, estaría sometido al art. 9.1. Cc y, en consecuencia, a leyes extranjeras tratándose del matrimonio de dos extranjeros. Permite descartar la ley personal del o de los contrayentes -designada conforme al art. 9.1 Cc- en favor de la ley española<sup>26</sup>. En suma, se impone la aplicación de la ley española cuando ante la certeza de un matrimonio simulado, la ley extranjera no contemple la nulidad del vínculo matrimonial (ex. art. 73 Cc) cuando no ha mediado un consentimiento matrimonial esto es, la aplicación sustitutiva de la ley española por aplicación de la excepción de orden público (ex. art. 12.3 Cc).

**16.** Pero ocurre que en la presente Resolución no consta que la ley extranjera haya sido alegada y probada<sup>27</sup>. De modo que realmente tiene lugar una aplicación directa de la ley española (o planteamiento de lois de pólíce), bien declarando imperativas las exigencias relativas al consentimiento evitando de paso la consulta de la ley extranjera, bien a título de ley de la autoridad interviniente (lex auctoritas)<sup>28</sup>. Solución que tal vez sea la única posible, por la necesidad de dar una respuesta inmediata o por los inconvenientes de la alegación y prueba del derecho extranjero. Pero en todo caso es un atajo poco riguroso desde la perspectiva del DIPr y con demasiada frecuencia pone en entredicho el derecho fundamental a contraer matrimonio: impide su ejercicio reconocido en los arts. 10, 14 y 32 CE<sup>29</sup> y en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos<sup>30</sup>. Tal vez sería más coherente sostener la aplicación directa de la ley española a la cuestión de la validez del consentimiento, como ha sido defendido<sup>31</sup>. Esta Resolución ilustra bien cómo ambos métodos aparecen confundidos o cuando menos entreverados.

## 2. El factor temporal

**17.** El aspecto más criticable viene determinado por el factor temporal, esto es, cómo es posible prejuzgar un consentimiento que aún no ha sido emitido<sup>32</sup>. El ordenamiento sanciona ex post la ausencia de causa matrimonial o el vicio en la causa, a través de la declaración de nulidad matrimonial. Es por eso más que dudoso que resulte jurídicamente correcto reaccionar ex ante, en sede de la tramitación del expediente previo a la celebración, sencillamente porque el consentimiento no se ha emitido<sup>33</sup>. Hay por tanto una intervención anticipada -y tal vez técnicamente incorrecta- del encargado del Registro y del Fiscal, cada vez que deniegan la autorización a la celebración del matrimonio tras el interrogatorio en el trámite de audiencia reservada. En el expediente previo debe quedar acreditada la capacidad matrimonial y su aptitud para prestar el consentimiento.

---

brillante argumentación por A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, Diario La Ley, nº 6622, Año XXVIII, 4 enero 2007, pp. 1472-1488.

<sup>26</sup> La tesis del planteamiento conflictual “puro” ha sido la solución excepcional, a partir de la importante Res DGRN (1ª) de 26 noviembre 2002 y en alguna otra posterior cada vez que ambos cónyuges eran extranjeros (datos que tomo de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia...”, pp. 24).

<sup>27</sup> La Instrucción DGRN de 2006, en consonancia con el planteamiento conflictual del que arranca y por consiguiente, con la necesidad de aplicar ley extranjera cada vez que uno o ambos contrayentes ostenten una nacionalidad extranjera, exige que “... tiene que oponerse con fundamentos jurídicos extraídos del Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes” (cf. apart. VI, b).

<sup>28</sup> Sobre este aspecto en sentido crítico vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Tratamiento registral... sobre los matrimonios de complacencia”, cit. supra nota 11, p. 1550.

<sup>29</sup> Admitido por la DGRN en Ress. De 3 diciembre 1993 y 21 de junio de 1994 (dato que tomo de E. ARTUCH IRIBERRI “La exigencia del consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, AEDIPr, t. 0, 2000, pp. 185-217, p. 201).

<sup>30</sup> Vid. Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; Art. 23.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966; y sobre todo Art. 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, 4 de noviembre de 1950; y Art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, cuyo texto indica que «[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

<sup>31</sup> cf. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Tratamiento registral...”, cit. supra. nota 11 p. 1547.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia...”, cit. nota 3, p. 21

<sup>33</sup> Cf. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los cónyuges está domiciliado en el extranjero”, REDi, 1995, vol 1, pp. 317 ss. p. 318

18. Si bien lo cierto es que la Instrucción de 2006 prevé la atribución de un efecto ipso iure o insubsanable a la nulidad o sin perjuicio de declaración judicial (art. 73.1 Cc)<sup>34</sup>. Como también lo es que la nueva LRC 2011 amplía los aspectos a explorar al tiempo que refuerza el papel del encargado al descargar sobre él el deber de acreditar "...cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio".

19. Con todo, se ha dicho también que aun existiendo fundadas sospechas, si los interesados se ratifican en su intención de contraer matrimonio, parece obligada su autorización<sup>35</sup>. Sin embargo, parece que únicamente la sospecha acerca de que hubiera mediado un precio entre los futuros contrayentes sería motivo para impedir la autorización dado que el Derecho no puede amparar conductas fraudulentas y menos aún propiciar el tráfico<sup>36</sup>.

## V. Una valoración

20. La doctrina vertida en esta Resolución reproduce prácticamente la recogida en la práctica anterior de la DG y no se distancia de su doctrina establecida en la Instrucción de 2006. Pero si pone de manifiesto una deriva jurídicamente contradictoria, errática y por lo menos muy cuestionable, sin duda mediatizada por la enorme presión derivada de los imperativos del control de la inmigración.

21. Sin embargo no es este el sustrato fáctico el que da lugar a esta Resolución, dado que no hay indicios de búsqueda de una regularización en sede de extranjería y tampoco de adquisición de la nacionalidad española (sería el caso en que uno de los interesados estuviera al menos en trámite de adquisición de la nacionalidad). Tal vez la pretendida celebración de matrimonio esconda la intención de resolver anticipadamente una cuestión de sucesiones -él es quince años mayor que ella- o de prestaciones sociales.

22. Reteniendo éstas o cualquier otra hipótesis que se le ocurra al lector, la clave es si el Derecho deba ocuparse del ámbito de lo subjetivo o de las verdaderas intenciones de los particulares cuando entran en un negocio jurídico, cuando ello conlleva una declaración de nulidad ex ante. En el terreno concreto de la institución matrimonial ¿Cómo puede prohibirse la celebración de un matrimonio argumentando que determinados hechos objetivos permiten deducir que "el matrimonio proyectado no ha perseguido los fines de la institución"?

---

<sup>34</sup> Cf. Instrucción de 2006, apart. IV.

<sup>35</sup> En la medida en que la simple sospecha no podría justificar la limitación y subordinación del derecho fundamental a contraer matrimonio (cf. DOMINGUEZ LOZANO, P. "Instrucción de la DGRN...", p. 318).

<sup>36</sup> En la práctica, la ausencia de certeza, cuando de las pruebas practicadas no cabe deducir simulación y tomando en cuenta la presunción general de buena fe y que están en juego el derecho fundamental a contraer matrimonio, la DG suele autorizar la celebración del matrimonio (vid. p.ej. Res DGRN (2ª) de 6 de octubre de 2009).

EL ASUNTO CENTRAL SANTA LUCÍA CONTRA MELIÁ  
HOTELES. REFLEXIONES EN TORNO AL AUTO JPI NÚM. 24  
PALMA DE MALLORCA, DE 3 MAYO DE 2021 (CONTINUARÁ)

CENTRAL SANTA LUCÍA AGAINST MELIÁ HOTELES CASE.  
REFLECTIONS ABOUT THE JPI ORDER NO. 24 PALMA  
DE MALLORCA, MAY 3, 2021 (TO BE CONTINUED)

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 01.07.2021 / Aceptado: 16.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6292>

**Resumen:** El 3 de junio de 2019 se iniciaba ante los tribunales españoles un pleito que enfrentaba a Central Santa Lucía, empresa estadounidense, contra Meliá Hoteles, empresa con domicilio en España, por enriquecimiento injustificado derivado del acto de nacionalización llevado a cabo por Cuba en 1960. Tras diversas resoluciones recaídas sobre este mismo caso, el Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021 pone fin al procedimiento al estimar de oficio la inmunidad de jurisdicción del Estado cubano como parte demandada en el proceso.

**Palabras clave:** inmunidad de jurisdicción, nacionalizaciones, eficacia extraterritorial Enriquecimiento injustificado, Jurisdicción, competencia judicial internacional, conexidad, litisconsorcio pasivo necesario, tutela judicial efectiva.

**Abstract:** On June 3, 2019, a lawsuit between Central Santa Lucía, a United States company, was brought before the Spanish courts against Meliá Hoteles, a company domiciled in Spain, for unjust enrichment derived from the act of nationalization carried out by Cuba in 1960. After various resolutions issued in this same case, the JPI Order no. 24 Palma de Mallorca, of May 3, 2021 puts an end to the procedure by automatically estimating the jurisdictional immunity of the Cuban State as a defendant in the process.

**Keywords:** jurisdictional immunities, nationalizations, extraterritorial effectiveness unjust Enrichment, jurisdiction, multiple defendants, effective judicial protection

**Sumario:** I. Introducción. II. Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021. 1. Hechos. 2. Cuestión jurídica planteada: inmunidad de jurisdicción. III. Algunas reflexiones en torno al Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021. 1. Acción ejercitada inicialmente por la parte demandante: enriquecimiento injustificado. 2. Cuestión previa planteada: eficacia internacional de las nacionalizaciones. A) Competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio. B) Conformidad con el orden público internacional español. 3. Litisconsorcio pasivo necesario: falta de jurisdicción y de competencia judicial internacional. 4. Acción de impugnación del título de propiedad ejercitada contra el Estado cubano: inmunidad de jurisdicción. A) Jurisdicción y competencia judicial internacional: delimitación conceptual. B) Límites impuestos por el DIPúb. al poder jurisdiccional del Estado. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En el número anterior de esta revista se publicaba un trabajo en el que se trataba de analizar el tratamiento, o en su caso y lo que es aún peor, la falta de tratamiento, de algunas cuestiones de DIPr, planteadas en las distintas resoluciones dictadas por los Tribunales españoles en el ya conocido como asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, o simplemente, asunto Meliá<sup>1</sup>.

2. La complejidad del contexto internacional en el que dicho litigio se planteaba, unido a la dificultad inherente de la pretensión planteada ante los órganos jurisdiccionales españoles por la parte demandante, hacía presagiar el advenimiento de futuras decisiones judiciales sobre el mencionado litigio, tal y como así ha sido.

3. El objeto de este trabajo será, por tanto, analizar la última decisión dictada por los tribunales españoles en este asunto: el auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021<sup>2</sup>. Desconocemos en el momento en el que se escriben estas líneas, si dicha decisión ha devenido firme. De no ser así, a buen seguro, dicha resolución no será la que ponga fin a este pleito.

## II. Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021

### 1. Hechos

4. 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. Admitida a trámite la demanda, Meliá Hoteles interpuso declinatoria por falta de jurisdicción y de competencia judicial internacional.

<sup>1</sup> Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Tribunales españoles y Derecho Internacional Privado: el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. Historia de un desencuentro palmario...(continuará)”, *CDT*, 2021-1, pp. 342-363, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5962/4332>.

<sup>2</sup> ECLI:ES:JPI:2021:32A

9. El 2 de septiembre de 2019 el JPI dictó auto confirmando la falta de jurisdicción y de competencia para conocer de este asunto. Según el JPI, todas las pretensiones de la demandante se basan en una premisa básica: la ilicitud del acto a través del cual Cuba nacionalizó los terrenos propiedad de las empresas Santa Lucía Company S.A. y Sánchez Hermanos, situados en Playa Esmeralda, que a partir de aquel momento pasaron a ser titularidad del Estado cubano. De tal manera, la valoración como ilícito del acto de nacionalización es un requisito previo y fundamental en la formulación de las pretensiones de Central Santa Lucía. En consecuencia, tal y como está formulada la demanda, la resolución del presente procedimiento habrá de pasar necesariamente por el análisis y valoración de aquel acto de nacionalización, o de confiscación según la demanda, y de su validez y legitimidad jurídica. En este sentido, solo se podría considerar que Meliá ha obtenido un enriquecimiento con causa ilícita si con carácter previo no se valora la ilicitud del acto que sirve de fundamento al título en virtud del cual la demandada ha adquirido la autorización del Estado cubano para explotar los terrenos situados en Playa Esmeralda.

10. Pero, según el JPI, los tribunales españoles carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la nacionalización llevada a efecto por Cuba, al tratarse de un acto realizado por un sujeto protegido por la inmunidad de jurisdicción en el marco de su soberanía.

11. Además, resulta que en la demanda también se ejercen pretensiones relativas a un bien propiedad de un Estado, protegido igualmente por la inmunidad de jurisdicción. En este sentido, según el JPI, Central Santa Lucía reclama en su demanda la protección de un derecho de propiedad o de posesión respecto a un bien propiedad del Estado de Cuba.

12. Según el JPI para poder ejercitar la acción de enriquecimiento injustificado resulta necesario determinar que Central Santa Lucía ostenta algún tipo de derecho o título que justifique el pago que reclama. Por tanto, el único argumento que puede legitimar a la parte actora para reclamar un pago a la demandada por los hechos relatados en la demanda que ha dado lugar a este pleito es la reivindicación de un derecho de propiedad o de posesión que, a día de hoy, se habrá de considerar subsistente a causa de la naturaleza ilícita del acto de nacionalización en virtud del cual Cuba adquirió su actual título dominical.

13. La citada resolución fue recurrida en apelación ante la AP de Palma de Mallorca y revocada por Auto de 18 de marzo de 2020.

14. Acordada la continuación del procedimiento, se dio traslado a la parte demandada para contestar a la demanda. Dentro del plazo concedido a tal efecto, Meliá presentó escrito en que, entre otras cuestiones, se oponía a la estimación de la demanda alegando excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Dicha excepción fue estimada por auto JPI núm. 24 Palama de Mallorca, de 30 de noviembre de 2020. En la misma resolución, se requiere consecuentemente a Central Santa Lucía para que amplíe su demanda dirigiéndola contra el Estado de Cuba y la sociedad Gaviota S.A. Dicha resolución no fue recurrida dentro del plazo legal establecido, de manera que devino firme.

15. Por otro lado, en el auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 30 de noviembre de 2020, donde se resolvía la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteada por la parte demandada, se exponían con base a la estimación de dicha excepción, las siguientes conclusiones:

16. *Primera.* Para poder pronunciarse sobre la acción de enriquecimiento injustificado, resulta absolutamente necesario pronunciarse sobre el título de propiedad del Estado cubano;

17. *Segunda.* Resulta incompatible con la figura del litisconsorcio pasivo necesario celebrar un procedimiento judicial que tenga por objeto analizar la licitud de un acto de adquisición de la propiedad sin llamar a la persona que va a quedar afectada por dicho acto.

18. *Tercera.* También resulta imposible reconocer a la demandada un derecho real que justifica sus pretensiones y que resulta contradictorio del derecho de propiedad del Estado cubano sin llamar a este, como actual propietario del título que es contradicho, para que pueda ser parte del procedimiento y ejercitar las actuaciones o manifestaciones que considere necesarias para defender su título de propiedad.

19. *Cuarta.* Por tanto, la tramitación del presente procedimiento no puede continuar sin que sean llamados al mismo como partes demandadas, el Estado cubano y Gaviota S.A.

20. El 5 de enero de 2021, Central Santa Lucía presentó escrito de ampliación de la demanda dirigiéndola contra la República de Cuba y Gaviota S.A.

21. El día 11 de enero de 2021 se dictó providencia en la que, apreciada de oficio la falta de jurisdicción y competencia judicial internacional, se da traslado a todas las partes para que aleguen lo que consideren pertinente.

22. Por otro lado, se dictó otra providencia en la que se acuerda, en cumplimiento del art. 27. 2 de la Ley 29/2015, de CJIMC, comunicar al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, la existencia de este procedimiento para que emita el oportuno informe.

23. Dentro del plazo concedido, Central Sanata Lucía presentó escrito defendiendo la jurisdicción y la competencia internacional de los Tribunales españoles. El Ministerio Fiscal y Meliá presentaron sendos escritos alegando lo contrario. Por su parte, la República de Cuba y Gaviota S.A. no presentaron ningún escrito.

24. Finalmente, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación presentó, el 9 de abril de 2021, el informe requerido en el que argumentaba que “la nacionalización de bienes acordada por el Estado de Cuba en el año 1960 era un acto *iure imperii* protegido por la inmunidad de jurisdicción ante los Juzgados y tribunales españoles, mientras que a falta de más datos, se entendía que las relaciones contractuales entre Meliá y la sociedad Gaviota S.A. sí que podían ser sometidas a la jurisdicción española”.

## **2. Cuestión jurídica planteada: inmunidad de jurisdicción del Estado cubano como parte demandada en el procedimiento**

25. Una vez estimada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y ampliada consecuentemente la demanda por Central Santa Lucía, resulta que, en el presente procedimiento, se ha formulado demanda contra el Estado de Cuba, debiéndose resolver, por tanto, si procede estimar la inmunidad de jurisdicción en este caso.

26. Según el auto AP Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020, los tribunales españoles tenían jurisdicción y competencia judicial internacional para entrar a conocer de la demanda interpuesta por Central Santa Lucía, entre otras razones, porque el Estado cubano no era parte del procedimiento ni tampoco se había efectuado una reclamación de sus bienes por parte de la demandante.

27. Pero, tras la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, esta situación cambia, resultando que ahora Cuba es parte demandada del procedimiento. Es más, precisamente se ha procedido a acordar la llamada de Cuba al pleito debido a la impugnación de su título de propiedad sobre los terrenos de Playa Esmeralda. Por tanto, no se puede alegar el efecto de cosa juzgada del auto AP Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020.

28. Además se ha de poner de manifiesto que el auto acordando el litisconsorcio pasivo necesario, no ha sido recurrido por las partes personadas en el procedimiento a través de los mecanismos expresamente previstos en la LEC, de manera que ha devenido firme y ya no puede ser ni discutido ni revocado.

29. Así resulta que en el presente caso se ha dirigido una demanda contra la República de Cuba, que tiene por objeto la declaración de licitud de un acto de nacionalización realizado en aplicación de una ley dictada por aquel Estado, es decir, un acto reflejo de la soberanía estatal y, por tanto, ha de ser considerado como un acto *iure imperii*.

30. Por este motivo, se ha de llegar a la conclusión de que los hechos objeto de este pleito se encuentran protegidos por la inmunidad de jurisdicción que ostenta el Estado de Cuba conforme al art. 4 LO 16/2015, sin que concurran ninguna de las excepciones previstas en los arts. 9 a 16 de la misma norma. Este hecho provoca que el Estado de Cuba no pueda ser demandado ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales españoles, conforme a la definición de inmunidad contenida en el art. 2 LO 16/2015 y lo dispuesto en el art. 49 de la citada Ley.

31. Finalmente, resulta que la República de Cuba no ha contestado a la demanda, sin que ello implique una renuncia a su inmunidad de jurisdicción. (art. 7 LO 16/2015)

32. En consecuencia, conforme a las disposiciones de la LO 16/2015 y lo establecido en los arts. 36 LEC y art. 21 LOPJ, el JPI Palma de Mallorca no queda más que declarar la falta de jurisdicción para conocer del presente pleito.

33. Una vez declarada la falta de jurisdicción, no resulta necesario entrar a valorar la posible falta de competente judicial internacional por ser la jurisdicción una condición previa a la competencia.

### III. Algunas reflexiones en torno al Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021

34. Tal y como se acaba de exponer, el Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021 aprecia de oficio la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para entrar a conocer de una demanda interpuesta por un particular contra un Estado extranjero cuyo objeto es impugnar un acto de gobierno. Hasta aquí nada que objetar si no fuese porque la demanda con la que se inició este pleito, el 3 de junio de 2019, tenía un objeto bien distinto: Central Sanata Lucía reclamaba a Meliá Hoteles el pago de una cantidad por enriquecimiento injustificado.

35. Lo primero que habrá que preguntarse es qué ha sucedido ante los tribunales españoles en estos dos últimos años para que en contra de los principios más sagrados que han de regir el proceso civil, se altere la causa de pedir. Para ello, será necesario analizar: 1º) la acción originariamente presentada por la parte demandante; 2º) la cuestión previa planteada para poder resolver la pretensión suscitada; 3º) la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (¿?) planteada por la parte demandada y; 4º) finalmente, la acción de impugnación del título de propiedad ejercitada por la demandante contra el Estado cubano, por orden y mandato del JPI, como consecuencia inevitable de la estimación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

#### 1. Acción ejercitada inicialmente por la parte demandante: enriquecimiento injustificado

36. La demanda interpuesta por Central Santa Lucía, -empresa estadounidense, heredera de los antiguos propietarios de unos terrenos sitios en Cuba-, al iniciarse este pleito contra Meliá Hoteles, -empresa con domicilio en España-, tenía por objeto la restitución por parte de la demandada de los beneficios económicos (frutos) obtenidos por la explotación de dichos terrenos, que en su día fueron nacio-

nalizados por el Estado cubano, sin mediar indemnización a tal efecto. Es, por tanto, la ilicitud del acto de nacionalización, lo que sirve de fundamento a la acción de enriquecimiento injustificado ejercitada.

**37.** La parte demandante en este procedimiento en ningún caso está ejercitando una acción reivindicatoria de la propiedad de los bienes que en su día le fueron “arrebataados” por el Estado cubano, sino una acción restitutoria contra la empresa que actualmente está explotando económicamente dichos bienes. La acción restitutoria por enriquecimiento no persigue la reivindicación de una cosa sino la restitución de enriquecimiento por parte de aquel que ha resultado injustificadamente enriquecido.

**38.** En este sentido, conviene señalar que la acción de enriquecimiento es incompatible con cualquier acción real tendente a obtener la restitución del objeto constitutivo del enriquecimiento. Sólo podrán compatibilizarse cuando una y otra acción recaigan sobre elementos distintos. Así, por ejemplo, se puede ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar un bien inmueble y la acción de enriquecimiento para la restitución del valor de los frutos obtenidos por el poseedor de mala fe. En este supuesto, corresponderá al actor decidir el ejercicio simultáneo de ambas acciones. Pero en ningún caso, estará obligado el demandante a interponer la acción reivindicatoria como presupuesto necesario de la acción restitutoria de enriquecimiento injustificado porque son acciones independientes<sup>3</sup>.

**39.** Para que opere la acción de enriquecimiento injustificado deben concurrir los siguientes requisitos: 1) un aumento de patrimonio del enriquecido; 2) un correlativo empobrecimiento del actor; 3) falta de causa que justifique el enriquecimiento; 4) inexistencia de un precepto legal que excluya la obligación restitutoria<sup>4</sup>.

**40.** En el caso Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, se produce un empobrecimiento de una de las partes (pérdida de unos terrenos que fueron “confiscados”), un incremento patrimonial de otra a costa del empobrecido (obtención de ganancias por parte de Meliá Hoteles, que explota económicamente dichos terrenos), todo ello provocado por un acto de nacionalización llevado a cabo por el Estado cubano sin mediar indemnización alguna para los afectados. La “injustificación” del enriquecimiento o el fundamento del enriquecimiento injustificado en este caso dependerá, por tanto, de la valoración jurídica que realicen los tribunales españoles del acto de nacionalización que tuvo lugar en Cuba. Para resolver la pretensión de la parte actora, resulta necesario resolver antes otra cuestión jurídica diferente, denominada cuestión previa, que opera como presupuesto de la anterior y que es preciso resolver antes que la cuestión principal.

**41.** Cierto es que la dificultad de este asunto estriba precisamente en el tratamiento jurídico que se otorgue en el foro a una materia tan compleja como pueda ser la eficacia internacional de las nacionalizaciones de Estados extranjeros. Para ello habrá que recurrir ineludiblemente a las soluciones ofrecidas por el Derecho internacional privado. De lo contrario, la cuestión previa se convertirá en un auténtico nudo gordiano que impedirá la resolución del caso tal y como evidencia el Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 de mayo de 2021.

**42.** Es precisamente la insólita falta de consideración al DIPr, en la resolución de la cuestión previa, lo que induce al JPI núm. 24 de Palma de Mallorca a realizar un planteamiento completamente errático del caso, vulnerando principios básicos del procedimiento como puedan ser el principio dispositivo, el principio de congruencia y el principio *iura novit curia*.

**43.** El JPI núm. 24 Palma de Mallorca consciente de que la licitud o ilicitud del acto de nacionalización llevado a cabo por Cuba en 1960 resulta determinante para la resolver la pretensión de la parte actora, enfoca el problema desde el prisma del Derecho Internacional Público, aunque con una funda-

<sup>3</sup> Vid. M. OROZCO MUÑOZ, *El enriquecimiento injustificado*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 329-334.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 68-70.

mentación errónea como se verá más adelante. Algo que le lleva a una inevitable y lógica conclusión: los tribunales españoles no pueden enjuiciar actos de gobierno de otros Estados soberanos. Pero, en lugar de seguir indagando en el ordenamiento jurídico, recurriendo al DIPr para solucionar la cuestión previa planteada, opta por alterar la causa de pedir. De tal forma que, para el mencionado tribunal, la única manera de resolver la pretensión principal (enriquecimiento injustificado) pasa por la previa reivindicación por parte de la demandante del título de propiedad de los terrenos.

44. Este planteamiento del JPI núm. 24 de Palma de Mallorca, reflejado en el auto de 2 de septiembre de 2019<sup>5</sup>, fue revocado acertadamente por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por auto de 18 de marzo de 2020<sup>6</sup>. En esta última decisión, el mencionado tribunal (AP) entre otras cuestiones, confirmó la jurisdicción y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción de enriquecimiento injustificado ejercitada por la parte demandante, calificándola como una acción personal, en ningún caso real, y manifestó la inexcusable exigencia de examinar el acto de nacionalización de bienes y su licitud en aplicación del Derecho internacional como condición para resolver la pretensión ejercitada.

45. La AP Palma de Mallorca plantea el litigio en sus debidos términos jurídicos, dejando claro que la acción ejercitada por Central Santa Lucía en ningún caso es una acción reivindicatoria del título de propiedad de los terrenos que integran Playa Esmeralda, siendo, no obstante, necesario examinar el acto de nacionalización llevado a efecto por el Estado cubano. Del análisis efectuado sobre esta cuestión, dependerá el fundamento de la acción restitutoria ejercitada. Será la declaración de ilicitud del acto de nacionalización por falta de indemnización a los afectados, lo que convertirá en injustificado el enriquecimiento, o viceversa.

46. Pero, por obra y gracia de una excepción de litisconsorcio pasivo necesario, a todas luces impropiamente estimada por Auto de 3 de noviembre de 2020, el JPI núm. 24 de Palma de Mallorca vuelve a su errático planteamiento del caso, contraviniendo con ello al tribunal *ad quem*, y “obligando” a la parte demandante a ejercitar una acción reivindicatoria del título de propiedad contra el Estado cubano, como única vía de resolver la pretensión planteada<sup>7</sup>.

47. Según se desprende del Auto JPI núm. 24 Palama de Mallorca, de 3 de mayo de 2021, la demanda interpuesta por Central Santa Lucía tiene por objeto la declaración de ilicitud del acto de nacionalización. Se trata con ello, según el tribunal, de impugnar el título de propiedad sobre los terrenos de Playa Esmeralda como única vía para resolver la pretensión de enriquecimiento injustificado planteada contra Meliá Hoteles. Por tanto, el único argumento, según el tribunal, que puede legitimar a la parte actora para reclamar un pago a la demandada por los hechos relatados en la demanda que ha dado lugar a este pleito es la reivindicación de un derecho de propiedad o de posesión que, a día de hoy, se habrá de

<sup>5</sup> ECLI:ES:JPI:2019:6<sup>a</sup>. *Vid.* comentarios a dicha resolución en: 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>; A. G. LÓPEZ MARTÍN, “Auto 00153/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre. La expropiación de la propiedad privada en Cuba, acto iure imperio amparado en la inmunidad de jurisdicción del Estado”; *REDI*, 2020-1, pp. 231-237; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Auto 00153/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre. Una visión desde el Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 2020-1, pp., 223-229.

<sup>6</sup> ECLI:ES:APIB:2020:37A. *Vid.* J. L. IRIARTE ÁNGEL, “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. 3<sup>a</sup>) 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>

<sup>7</sup> Puede consultarse el texto de dicha resolución en el siguiente enlace: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2020/12/Auto-Litisconsorcio.pdf>

considerar subsistente a causa de la naturaleza ilícita del acto de nacionalización en virtud del cual Cuba adquirió su actual título dominical.

48. Indudablemente, una vez estimado el litisconsorcio pasivo necesario, e interpuesta la demanda por parte de Central Santa Lucía contra el Estado cubano, el JPI aprecia de oficio la falta de jurisdicción de los tribunales españoles y procede a sobreseer el procedimiento. Trágica forma de esquivar el DIPr y acabar con este procedimiento...

49. Resta por ver ahora cuál hubiese sido el correcto tratamiento jurídico de la eficacia internacional de las nacionalizaciones, verdadero objeto de la cuestión previa planteada en este pleito.

## 2. Cuestión previa planteada: eficacia internacional de las nacionalizaciones

50. La cuestión previa planteada en este caso versa sobre el acto de nacionalización de un Estado extranjero. Y es aquí, en la forma de afrontar y solucionar este espinoso y complejo problema jurídico, donde el JPI de Palma de Mallorca encalla y yerra en repetidas ocasiones (Auto 2 octubre 2019, Auto 30 de noviembre 2020 y Auto 3 mayo 2021).

51. El tratamiento jurídico-internacional de las nacionalizaciones es ciertamente complejo. Deben combinarse para ello tanto una perspectiva de Derecho internacional público como una perspectiva de Derecho internacional privado<sup>8</sup>. El Derecho internacional público basándose en los principios de soberanía estatal, igualdad de trato y no intervención permite a cualquier Estado realizar todos los actos de nacionalización que estime oportunos dentro de su territorio, sin que los demás puedan interferir al respecto. Pero el Derecho Internacional Público no obliga al resto de los Estados a reconocer tales medidas. Éstos gozan de absoluta libertad para determinar mediante sus propias normas de Derecho internacional privado, las condiciones para determinar la validez extraterritorial de dichos actos públicos extranjeros<sup>9</sup>.

52. Es precisamente esta distinción entre Derecho internacional público y Derecho internacional privado en el tratamiento de esta cuestión, la que no acaba de vislumbrar el JPI de Palma de Mallorca cuando afronta la cuestión previa. Recordemos que en el primer auto dictado en este asunto, -Auto JPI, de 2 de septiembre de 2019-, el mencionado tribunal se abstiene de conocer por considerar que los tribunales españoles carecen de jurisdicción para juzgar el acto de nacionalización de un Estado extranjero, utilizando para ello la figura de la inmunidad de jurisdicción, sin recabar en que para ello el sujeto beneficiario de la mencionada inmunidad ha de ser parte en el proceso. Lo que realmente impide que los tribunales españoles entren a juzgar un acto público extranjero, en este caso una nacionalización, es el Derecho internacional público, concretamente el principio de soberanía estatal, el principio de igualdad de trato y el principio de no intervención. Cuestión distinta, como apuntábamos más arriba, son las condiciones establecidas por cada Estado a través de sus normas de Derecho internacional privado para reconocer efectos a las nacionalizaciones llevadas a cabo por otros Estados.

<sup>8</sup> Sobre la relación de ambas perspectivas en materia de nacionalizaciones, *vid.* M. SAVATIER, "Les nationalisations en droit international privé", *Travaux du Comité français de Droit international privé 1946-1948*, París, 1951, pp. 47-78, esp. pp. 49-50.

<sup>9</sup> *Vid.* F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, París, Economica, 1975, p. 53; A. SADEK EL-KOCHERI, "Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental", *RCDIP*, 1967-2, pp.249-275, esp. pp. 254-255; B. A. WORTLEY, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, 1959, 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 de Gentes, siendo éste el que fije 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).

53. 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>10</sup>.

### A) Competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio

54. Para efectuar el control de la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio, cabe utilizar dos mecanismos: a) el principio de territorialidad; o b) el principio de vinculación efectiva, según el enfoque conflictual o de conflicto de autoridades que se otorgue al acto de nacionalización respectivamente.

55. a) *Principio de territorialidad*. El principio de territorialidad se basa en la competencia exclusiva que ostenta el Estado sobre su propio territorio. De ahí que, para reconocer efectos extraterritoriales al acto de nacionalización llevado a cabo por un Estado extranjero, sea necesario situar el bien litigioso dentro de la esfera de soberanía del Estado nacionalizador. Dicha localización se efectúa mediante la aplicación de las normas de conflicto del foro, convirtiéndose la determinación de la ley aplicable en 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>11</sup>.

56. b) *Principio de vinculación efectiva*. La doctrina más reciente, sin embargo, ha sometido a constantes críticas la utilización que la jurisprudencia ha realizado del método conflictual en esta materia, subsumiendo esta cuestión en el ámbito del conflicto de jurisdicciones (P. Mayer)<sup>12</sup>-, o en el de conflicto de autoridades (A. K. Boye)<sup>13</sup>-. 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 ley: 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>14</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 la 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.

<sup>10</sup> Vid. A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3528-3537.

<sup>11</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, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 233-236; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Eficacia Internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988, pp. 35-42.

<sup>12</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973.

<sup>13</sup> A. K. BOYE, *L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979.

<sup>14</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.

## B) Conformidad con el orden público internacional español

57. 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.

58. 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>15</sup>; y e) que el caso tenga suficiente vinculación con el Estado requerido,- orden público internacional de proximidad<sup>16</sup>.

59. 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>17</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>18</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>19</sup>.

60. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español (Sala de los Civil), aunque también se basa en las garantías constitucionales relativas a la expropiación forzosa, se centra fundamentalmente en el requisito de la indemnización<sup>20</sup>. La falta de tal compensación sirve de argumento para fundamentar la contrariedad de tal nacionalización con el orden público<sup>21</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>22</sup>.

<sup>15</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.*, 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; T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, 1989, pp. 229-230; A. SADEK EL-KOCHERI, *loc. cit.*, p. 260.

<sup>16</sup> *Vid.* Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3535-3536.

<sup>17</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.*, pp. 590-591; T. HEFTI, *op. cit.*, p. 228.

<sup>18</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, “Les nationalisations cubaines”, *AFDI*, 1961, pp. 215-226, esp. p. 224.

<sup>19</sup> *Vid.* A. K. BOYE, *op. cit.*, p.91; M. DOMKE, *loc. cit.*, p. 603; T. HEFTI, *op. cit.*, p. 227.

<sup>20</sup> STS de 25 de septiembre de 1992, RJ1992\7325 y STS de 30 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TS:210:7666. *Vid.* comentarios a la STS de 25 de septiembre de 1992 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. Para un comentario a la segunda sentencia del TS sobre esta materia, *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*, 2012-2, pp. 159-176.

<sup>21</sup> *Vid.* STS (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2010, FJ 10º.

<sup>22</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.*, p. 240; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op. cit.* p. 253; M. SAVATIER, *loc. cit.*, pp. 55-57.

**61.** 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 internacional público<sup>23</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>24</sup>.

**62.** 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>25</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<sup>26</sup>. 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>27</sup>.

**63.** Para el Tribunal Supremo español, 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>28</sup>. 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.

<sup>23</sup> Sobre la controversia en torno a la existencia de tal obligación en el Derecho internacional público, *vid.* A. K. BOYE, *op. cit.*, pp. 92-93; T. HEFTI, *op. cit.*, 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.*, pp. 52-53; I. SEIDL-HOHENVELDERN, I. SEIDL-HOHENVELDERN, "Expropiaciones de Estados extranjeros y tribunales internos", *Revista de Estudios Políticos*, 1966, pp. 107-135, esp. p. 127.

<sup>24</sup> *Vid.* M. DOMKE, *loc. cit.*, pp. 603 -604; T. HEFTI, *op. cit.*, pp. 147-152.

<sup>25</sup> M. DOMKE afirma que la promesa de compensación futura en la ley nacionalizadora no es suficiente para cumplir con esta exigencia (*loc. cit.* 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.*, pp. 261-262 y p. 274.

<sup>26</sup> *Vid.* T. HEFTI, *op. cit.*, pp. 136-139; S. PETREN, *loc. cit.*, p.555.

<sup>27</sup> BOE núm.67, de 18 de marzo de 1988. 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 presentar cualquier reclamación o reivindicación a tal efecto. 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). 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. *Vid.* M. DOMKE, *loc. cit.*, pp. 609-610; S. PETREN, *loc. cit.*, p. 556. Sin embargo, otros autores entienden que estos convenios son la manifestación de otra nueva práctica internacional, *vid.* T. HEFTI, *op. cit.*, pp. 139-142.

<sup>28</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).

64. 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>29</sup>. Este es el criterio utilizado por el Tribunal Supremo español en los dos casos que hasta ahora se le han planteado. En ambos, establece dicha conexión con la localización del bien en nuestro país, -una marca situada en España en virtud de su inscripción en el Registro español de Propiedad Industrial-<sup>30</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>31</sup>.

65. En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre este particular, cabe afirmar que el acto de nacionalización llevado a cabo por Cuba con independencia de la nacionalidad de los perjudicados vulnera el orden público internacional español. Quedaría analizar y valorar por parte de los tribunales españoles, si en este caso concreto, procede o no aplicar el orden público internacional de proximidad.<sup>32</sup>

### 3. Litisconsorcio pasivo necesario: falta de jurisdicción y de competencia judicial internacional

66. Tras decretarse la continuación del procedimiento por Auto AP Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020, estableciendo en sus debidos términos el problema jurídico planteado, restaba esperar la resolución por parte del JPI Palama de Mallorca de la cuestión previa suscitada. Pero, para asombro de muchos, el JPI de Palma de Mallorca vuelve a esquivar de nuevo el problema de la eficacia internacional de las nacionalizaciones, estimando por Auto de 30 de noviembre de 2020, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteada por la parte demandada (Meliá Hoteles).

67. Para ello, el JPI fundamenta su decisión utilizando la misma argumentación jurídica que fue revocada por la AP, al considerar que la acción de enriquecimiento injustificado, ejercitada por la parte demandante, ha de ir coligada necesariamente a la acción de impugnación del título de propiedad. De ahí que deban ser llamados al proceso los terceros que puedan ver afectados directamente sus derechos.

68. Llama la atención que el JPI de Palma de Mallorca resolviera 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>33</sup>.

69. Por tanto, para saber si los tribunales españoles pueden activar, en este caso, el foro de pluralidad de demandados, extendiendo con ello la competencia judicial internacional que ya poseen para

<sup>29</sup> Vid. I. SEIDL-HOHENVELDERN, *loc. cit.*, pp. 126-127.

<sup>30</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.*, pp. 174-175.

<sup>31</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, pp. 382-383; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *loc. cit.*, p. 128.

<sup>32</sup> Para ello, se deberían de tener en cuentas las circunstancias que rodean al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, entre ellas: 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) el bien nacionalizado no se encuentra en España; d) la pretensión del demandante no tiene por objeto reivindicar la propiedad del bien nacionalizado, dato este que, junto al anterior, difiere de la jurisprudencia española existente sobre esta materia.

<sup>33</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.

conocer del litigio principal a otros asuntos vinculados con el primero, habrá que estar en primer lugar a lo que disponga el Reglamento Bruselas I-bis, y en su defecto, a lo establecido en la LOPJ<sup>34</sup>.

**70.** El Reglamento Bruselas I-bis tipifica diversos supuestos de conexidad procesal<sup>35</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>36</sup>.

**71.** 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>37</sup>. En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, no procede por tanto la aplicación del art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis.

---

<sup>34</sup> 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*. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 137. 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. I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, pp. 8-9, pp. 299-312.

<sup>35</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>36</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) Reconvencción (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 (reconvencción en materia de contratos celebrados por consumidores) y art. 65 (*litis denuntatio*).

<sup>37</sup> Para poder aplicar el foro de pluralidad de demandados previsto en el art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis, resulta necesario además que concurren 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 CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, 2020, pp. 2599-2605; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 211-216; I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, pp.199-244.

72. 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>38</sup>.

73. 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.

74. 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<sup>39</sup>.

75. Por tanto, cabe concluir que no procede estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por carecer los tribunales españoles en este caso concreto de jurisdicción y de competencia judicial internacional.

#### **4. Acción de impugnación del título de propiedad ejercitada contra el Estado cubano: inmunidad de jurisdicción**

76. Llegados a este extremo, una vez estimada la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, el Estado cubano pasa inevitablemente a formar parte del procedimiento como parte demandada. Y es entonces, cuando el JPI núm. 24 de Palma de Mallorca declara la (“tan deseada”) falta de jurisdicción de los tribunales españoles para entrar a conocer de este asunto, y procede (“por fin”) a sobreseer el procedimiento.

77. La aplicación que realiza el JPI núm. 24 de Palama de Mallorca de la inmunidad de jurisdicción en el Auto de 3 de mayo de 2021 resultaría correcta sino fuera porque dicha resolución es consecuencia directa de una anterior (Auto JPI núm. 24 Palama de Mallorca, de 30 de noviembre de 2020) adoptada careciendo los tribunales españoles de jurisdicción y de competencia judicial internacional. Llegados a este extremo, resulta necesario realizar, aunque de forma breve y somera, un pequeño apunte conceptual sobre la jurisdicción y la competencia judicial internacional, y los límites impuestos por el DIPúb. a la jurisdicción estatal.

---

<sup>38</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 reconvencción 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.

<sup>39</sup> *Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, pp. 330-353.

## A) Jurisdicción y competencia judicial internacional: delimitación conceptual

78. La jurisdicción es el poder o la capacidad de los tribunales de un Estado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), como tal, es una manifestación de la soberanía estatal. Sin embargo, en un contexto internacional, la coexistencia de una pluralidad de Estados igualmente soberanos impone límites al poder de cada Estado, que son fijados por el DIPúb.(art. 21. 2 LOPJ, art. 36. 2 LEC, art. 2 Ley 16/2015) La infracción de dichos límites lleva aparejada responsabilidad internacional. El Derecho positivo español utiliza en un doble sentido, interno e internacional, el concepto de jurisdicción<sup>40</sup>.

79. La competencia judicial internacional, por otro lado, es la facultad atribuida a los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado para ejercer ese poder en un tipo de litigios concretos: los litigios derivados de las situaciones privadas internacionales. En este contexto, cada Estado goza de libertad absoluta, teóricamente, para configurar su sistema de competencia judicial internacional. Si bien es cierto, todos los Estados del mundo establecen limitaciones a la competencia judicial de sus tribunales en los casos internacionales, basadas tanto en razones constitucionales como prácticas<sup>41</sup>.

## B) Límites impuestos por el DIPúb. al poder jurisdiccional del Estado

80. Los límites impuestos por el DIPúb al poder jurisdiccional del Estado son, básicamente, dos: a) El principio de igualdad de trato, no injerencia y territorialidad de la soberanía estatal; b) Inmunidad de jurisdicción y de ejecución

### a) El principio de igualdad de trato, no injerencia y territorialidad de la soberanía estatal

81. Desde una perspectiva jurídica y política, la soberanía del Estado constituye un factor determinante y de primer orden en la configuración de la sociedad internacional y del Derecho de Gentes. En el plano jurídico, la soberanía del Estado en Derecho internacional no es un poder ilimitado. Jurídicamente, la soberanía implica: a) la igualdad de los Estados; b) comporta la independencia de los mismos, y el deber de no intervención y; c) tiene carácter funcional y se traduce en la posesión y ejercicio de una serie de competencias<sup>42</sup>.

82. La igualdad soberana, en el plano formal, no tiene otro significado sino el de acentuar la ausencia en la sociedad internacional de una autoridad política superior a aquellos, reflejando así la estructura de la sociedad internacional actual, basada principalmente en la yuxtaposición de Estados. Precisamente por ello la igualdad soberana de los Estados comporta la independencia de los mismos y la prohibición que pesa sobre todo Estado de injerirse en los asuntos de los otros. Es también el principio de igualdad soberana de los Estados, el que hace imperativa la distribución de competencias entre los Estados. Tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo las competencias más importantes del Estado, concedidas a los Estados por el Derecho internacional para desarrollar sus funciones soberanas, -velar por los intereses generales y permanentes de una comunidad humana asentada sobre el territorio-, tienen carácter territorial<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Vid. A.- L. CALVO CARACAVA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, 2020, pp. 324-345; M. VIRGOS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Madrid, pp. 52-67.

<sup>41</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, 2020, pp. 318-

<sup>42</sup> Vid. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 3ª ed., Madrid, pp. 271-283.

<sup>43</sup> *Id.* pp. 310-312.

**83.** El primer límite impuesto, por tanto, por el Derecho internacional a la soberanía estatal se sustenta sobre estos tres principios básicos: principio de igualdad, principio de no intervención y principio de territorialidad de la soberanía estatal. En virtud de tales principios, y partiendo del principio de igualdad soberana de los Estados, cada Estado ejerce sus competencias soberanas sobre el propio territorio, sin poder inmiscuirse en la libre configuración y toma de decisiones que afecten al sistema político, económico y cultural de otro Estado.

**84.** Por todo ello, en el caso de Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles los tribunales españoles no pueden entrar a enjuiciar el acto de nacionalización llevado a cabo por Cuba, cuestión previa planteada para resolver la pretensión principal. Se lo impiden los principios más básicos del Derecho Internacional público, que actúan como auténtico límite a la jurisdicción del Estado, sin que en este sentido pueda alegarse o apreciarse inmunidad de jurisdicción, al ser necesario para ello que el Estado extranjero sea parte del procedimiento.

## **b) Inmunidad de jurisdicción y de ejecución**

**85.** El segundo límite a la jurisdicción estatal derivado del DIPúb. viene dado por la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, que implica la imposibilidad en que se encuentra el tribunal de un Estado para decidir un litigio en que figure como demandado un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros sujetos beneficiarios de tal inmunidad.

**86.** Hoy en día, rige el principio de inmunidad relativa, en cuya virtud, los Estados extranjeros solo gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución respecto a los actos realizados en ejercicio de la soberanía estatal (*acta jure imperii*). Tal inmunidad no alcanza a las actividades realizadas por el Estado como un mero particular (*acta jure gestionis*). Esta concepción restrictiva de las inmunidades soberanas del Estado se fundamenta en la mayor participación del Estado en el tráfico jurídico-privado y, por ende, en la protección de la tutela judicial efectiva de los particulares que se relacionan con Estados extranjeros<sup>44</sup>.

**87.** En Derecho español, el art. 21.2 LOPJ indica que los tribunales españoles en el orden civil “no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público” Para determinar el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución habrá que estar a lo dispuesto en el Derecho Internacional Público convencional y consuetudinario, y en la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

**88.** El contenido jurídico de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución es básicamente de naturaleza procesal. Los tribunales españoles deben abstenerse de conocer de un asunto que se les someta: “cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución, respecto de bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución” (art. 36. 2 LEC). La inmunidad ha de controlarse *ex officio*, tan pronto sea advertida, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 39 LEC, art. 49 LO 16/2015). No es preciso que el demandado alegue la inmunidad de jurisdicción. No obstante, también puede hacerla valer mediante declinatoria ante el tribunal (art. 39 y arts. 63 y ss. LEC, art. 50 Ley 16/2015).

---

<sup>44</sup> En este sentido se pronuncia la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015)

**89.** Para que los órganos jurisdiccionales españoles aprecien la inmunidad de jurisdicción o de ejecución resulta necesario que se haya incoado un procedimiento contra alguno de los sujetos beneficiarios de tal inmunidad como parte demandada del mismo (art. 51 LO 16/2015).

**90.** Llama la atención que el JPI núm. 24 aprecie la inmunidad de jurisdicción en este momento, una vez ampliada la demanda por parte de Central Santa Lucía contra el Estado cubano (Auto de 3 de mayo 2021), y no tenga en cuenta los límites impuestos por el DIPúb. a la jurisdicción española en la resolución de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (Auto de 30 de noviembre de 2020). Excepción que no puede operar, como ya se ha indicado más arriba, ni con respecto a actos de gobierno de un soberano extranjero, ni con respecto a materias reservadas a la competencia exclusiva de tribunales de terceros Estados.

**91.** Admitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, el JPI Palma de Mallorca no solo altera el principio dispositivo que ha de regir el procedimiento, sino que además incurre en una flagrante denegación de justicia al obligar a la parte demandante a interponer una demanda de impugnación de la propiedad de unos bienes contra un Estado extranjero, “a sabiendas” de que dicha demanda no podrá prosperar por falta de jurisdicción y de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, que el mismo tribunal deberá apreciar de oficio, tal y como ha hecho. La demanda afecta a un acto de gobierno de un Estado extranjero, respecto al cual dicho Estado goza de inmunidad de jurisdicción (acto de nacionalización), y tiene por objeto además un litigio reservado a competencia exclusiva de tribunales extranjeros (derecho real sobre un bien inmueble sito en Cuba).

#### **IV. Conclusiones**

**92.** El Auto JPI núm. 24, de 18 de marzo 2021, en virtud del cual se pone fin al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, es consecuencia inmediata y directa de una decisión anterior dictada por el mismo tribunal por Auto de 30 de noviembre de 2020, estimando una excepción de litisconsorcio pasivo necesario que obliga a la parte demandante a traer al Estado cubano al procedimiento.

**93.** Sin entrar a valorar la existencia material de litisconsorcio pasivo necesario conforme al Derecho procesal interno español en este caso concreto, lo cierto es que en DIPr dicha figura tiene límites. El litisconsorcio pasivo necesario no puede operar cuando uno de los demandados goce de inmunidad de jurisdicción ni cuando una de las pretensiones que se ejerciten verse sobre una materia reservada a la competencia exclusiva de tribunales extranjeros. Admitir lo contrario conduciría a una denegación de justicia.

**94.** Por tanto, el Auto JPI núm. 24, de 18 de marzo de 2021, adolece de nulidad de pleno derecho por ser consecuencia directa de una decisión anterior adoptada por el mismo JPI, que si bien ha adquirido firmeza, ha sido adoptada sin uno de los presupuestos básicos del procedimiento: la jurisdicción y la competencia judicial internacional y sin respetar las normas esenciales del procedimiento (art. 225, apartado 1 y 2 LEC).

**95.** Pero como la esperanza es lo último que se pierde, o al menos eso dicen, nos aferraremos al ferviente deseo de que llegue ese día en el que los tribunales españoles apliquen correctamente las normas de DIPr, y se garantice debidamente con ello la tutela judicial efectiva de los particulares. Continuará...

TRATAMIENTO DE LA KAFALA EN ESPAÑA Y POSTERIOR  
CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN. LEY NACIONAL DEL  
MENOR QUE PROHÍBE LA ADOPCIÓN: FLEXIBILIZACIÓN  
DE LA CLÁUSULA LIMITATIVA (AUTO DE LA AP DE CÁDIZ  
[SECCIÓN 5ª] DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2021)

THE KAFALA INSTITUTION IN SPAIN AND THE  
CONSTITUTION OF INTERNATIONAL CHILD ADOPTION.  
ARTICLE 19.4 OF THE SPANISH ACT 54/2007

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

*Profesor Titular*

*UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia)*

ORCID ID: 0000-0002-0748-6598

Recibido: 02.07.2021 / Aceptado: 19.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6293>

**Resumen:** Constitución de una adopción internacional sobre un menor de nacionalidad marroquí en régimen de Kafala. Solicitantes españoles con residencia habitual en España. Silencio por parte del órgano juzgador en torno a la prohibición del artículo 19.4 de la LAI. Modulación de la cláusula limitativa.

**Palabras clave:** Kafala, constitución de adopción internacional, artículo 19.4 de la Ley de adopción internacional

**Abstract:** International adoption in Spain of a marroquian child after a Kafalah in her country of origin. Spanish citizens with habitual residence in Spain. The application of article 19.4 of the International Adoption Law in such cases.

**Keywords:** Kafala, international child adoption, article 19.4 of the International Adoption Law

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos. III. El auto de la AP de Cádiz de 27 de noviembre del 2021 1. Razonamientos jurídicos a los que se refiere la decisión 2. Razonamientos jurídicos que elude la decisión: ley nacional del menor que prohíbe la adopción y su posible flexibilización IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La *Kafala* ha sido, y es tratada en la actualidad como una institución desconocida dado que, tal y como se concibe en el derecho extranjero, no es una medida contenida en el ordenamiento español, por lo que es necesario buscar una institución española en la que encaje. Sin embargo, el desconocimiento no alcanza ni a nuestras autoridades, habituadas ya a resolver situaciones en las que

ha sido constituida una *Kafala* transnacional<sup>1</sup>, ni a la doctrina especializada que se ha ocupado de ella de forma minuciosa<sup>2</sup>.

2. Ahora bien, siendo una figura no contenida de manera expresa en el derecho español<sup>3</sup>, es cierto que la modificación del artículo 19 de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional* (en adelante LAI)<sup>4</sup> en el año 2015<sup>5</sup> dio respuesta, en principio, a la problemática que presentaba la *Kafala*, representando una solución al compromiso del Estado español frente a las autoridades marroquíes con objeto de impedir la adopción en España de menores sobre los que se había constituido una *Kafala* transnacional<sup>6</sup>.

Textualmente el precepto indica: “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”.

De una lectura del precepto resulta como la prohibición no distingue entre menores extranjeros que residan en el extranjero o que residan en España, por tanto, conforme a su literalidad la limitación se extiende a todos cuando su ley nacional prohíbe o no contemple la adopción<sup>7</sup>. Además, esta norma, calificada como imperativa, conlleva que decaiga en su caso la competencia atribuida a la autoridad

\* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, “PROTECCION DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES INTERNACIONALES. (ANALISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y DE LA UNION EUROPEA)” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>1</sup> En 2006 la DGRN sentó las bases para la calificación de la *kafala* en la *Resolución Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales* BOE núm., 207, de 30.08.2006.

<sup>2</sup> Hay numerosos trabajos dedicados a esta institución solo a modo de ejemplo, P. DIAGO DIAGO, “La *kafala* islámica en España. CDT, vol. 2, nº 1, marzo 2010, p. 142. S. ADROHER BIOSCA, “Un estudio de caso sobre adoptabilidad: la *kafala* islámica», *Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad*, (B. GÓMEZ BENGOCHEA, A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, S. ADROHER BIOSCA), Madrid, Dykinson, Comillas. 2015; *ibid.*, “La *kafala* islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? *Revista de Derecho migratorio y de extranjería* nº 45, 2017, pp. 203-220. C. RUIZ SUTIL., “La mujer *Kafala* y la recepción de la *Kafala* en el ordenamiento español”, *Revista Clepsidra*, 16, noviembre 2017, pp. 145-166. La *Kafala* ha dado lugar a distintas cuestiones de las que la doctrina también se ha ocupado, a modo de ejemplo, desde la perspectiva de la posibilidad de obtener un visado por reagrupación familiar de un menor sometido a *Kafala*, *vid.*, M. VARGAS URRUTIA, “La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado. Vol. 2.* (A. L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, Dirs), Colección Derecho y Letras, núm. 1, Murcia, 2019, p. 475-488; o en relación a la protección social, por ejemplo, a efectos del cobro de una pensión de orfandad, *vid.*, G.M. QUINTERO LIMA., “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre *Kafala* y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* 17, 2008.

<sup>3</sup> Si está prevista en textos internacionales como en el artículo 20.3 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989*. En Derecho internacional privado convencional se incluye en el artículo 3 letra c) 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 medidas de protección de los niños* y su reconocimiento, como medida de protección es posible entre Estados parte del Convenio a través del artículo 23 respetando las condiciones del precepto.

<sup>4</sup> BOE núm., 312 de 29.12.2007.

<sup>5</sup> Se modifica a través de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE núm., 180 de 29.07.2015.

<sup>6</sup> Es bien conocida la Circular nº 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%BA-2-denegacion-deconstitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residenhabitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-demarruecos>

Para una visión del panorama anterior a la modificación de la LAI *vid.*, C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Adopción en Europa y efectos de la *Kafala* en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *AEDIPr.*, Tomo XII, 2012, pp. 455-489.

<sup>7</sup> Crítica con la modificación del art. 19 de la LAI se muestra 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 enero/diciembre (2017), pp. 387-415.

Esta prohibición no es novedosa en el derecho comparado. El ordenamiento francés la contiene en el artículo 370-3 del Cc precepto al que hay que añadir la posterior reforma a través de una Circular del Ministerio de Justicia de 2014. Y el ordenamiento belga en el artículo 361-5 del Cc. Analizadas por E. RODRÍGUEZ PINEAU, pp. 400-403. M. HERRANZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales.* (Dir. Calvo Caravaca, A.L., Castellanos Ruiz, E.), Colex, 2004, pp. 487-510.

competente para constituir la adopción<sup>8</sup>. Ahora bien, como se verá a continuación, esta limitación se modula o suaviza cuando se cumplen ciertas condiciones.

3. Así, junto al anterior precepto es importante, por la proyección que ha tenido y tiene en la práctica, el *Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala* de la Fiscalía General del Estado<sup>9</sup>.

A través del referido Dictamen la Fiscalía determina el ámbito de aplicación de la cláusula limitativa del artículo 19.4 de la LAI. El precepto se aplica: a los supuestos en los que el ordenamiento de la nacionalidad del menor limite o no contenga la adopción siempre que éste conserve su nacionalidad de origen. *Sensu contrario*, conforme al citado Dictamen, la limitación o prohibición no resulta aplicable cuando el menor: adquiere la nacionalidad española o está en situación de desamparo o tutelado por la Administración pública, aunque el derecho extranjero no contenga o prohíba la adopción. Además, hay que apuntar que la prohibición, en principio, tampoco será operativa cuando se trate de un menor emancipado o un mayor de edad<sup>10</sup>.

4. Desde una perspectiva autonómica, y en relación a este aspecto, la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia*<sup>11</sup>, en su subsección cuarta, relativa a la adopción y acogimiento internacional de menores, art. 235-44-4 contiene un precepto relacionado directamente con el contenido del art. 19.4 de la LAI:

“La autoridad judicial puede disponer, de modo excepcional, respecto a menores en cuyos países de origen *no exista la adopción ni ninguna otra institución equivalente*, la constitución de la adopción en aquellas situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el extranjero con finalidad protectora permanente. Son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción”.

El ámbito de aplicación del referido precepto se refiere de forma expresa a los casos en los que en el ordenamiento extranjero no exista la adopción, por tanto, no se incluyen los supuestos que, como en el art. 19.4 de la LAI, el ordenamiento extranjero prohíba la adopción. Además, la propia norma da soluciones de encaje en la medida que, aunque sea de forma excepcional, capacita a la autoridad competente para constituir una adopción supeditando su decisión al cumplimiento de las siguientes condiciones: *primero*, que lo permitan las normas de derecho internacional privado, es decir a través de esta remisión se da entrada a los artículos de la LAI (art. 18 y 19, de particular importancia en este caso el apartado 4)<sup>12</sup>; *segundo*, la emisión del certificado de idoneidad por la entidad pública competente; y *tercero* que la misma responda al interés del menor, circunstancia que en estos casos y conforme a la jurisprudencia viene a coincidir con la integración del mismo en la familia con la que lleva ya conviviendo un tiempo.

<sup>8</sup> *Vid.*, M. GUZMÁN ZAPATER., “La adopción consular tras la reforma de la Ley 26/20015”, *BIMJ*, (en prensa). La AP de Valencia (Sección 10ª) en Auto nº 175/2020 de 5 de mayo cierra la posibilidad de argumentar la contrariedad con el orden público español de la ley extranjera que prohíbe la adopción, tampoco empleando argumento del recurrente de que dicho ordenamiento extranjero no respeta el interés del menor. Como expresa la Audiencia es la propia ley española la que prohíbe la adopción en estos casos ECLI:EU:APV:2020:1104A.

<sup>9</sup> Previamente la Fiscalía había dictado la Circular 8/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*, estableciendo sus conclusiones sobre el tratamiento de la *kafala* en su Apdo. XII.

<sup>10</sup> En este sentido véase 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. 1040. En relación con la aplicación de la norma sobre menores emancipados y mayores de edad *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 43-44.

<sup>11</sup> BOE núm., 203 de 28.08.2010.

<sup>12</sup> Véase sobre la aplicación de la norma autonómica y su remisión a las normas de DIPR la decisión de la AP de Barcelona (Sección 18ª), Auto núm., 2202/2020 de 10 de junio. ECLI: ES:APB:2020:4271A. Igualmente una aplicación no acertada del precepto se hace por AP de Gerona (Sección 1ª) de 18 de diciembre de 2017, Auto núm., 247/2017 ECLI:ES:APGI:2017:1116A.

5. Con lo anterior hemos tratado de dibujar de forma previa y breve la situación existente en España. Es el momento de analizar ahora cómo ha procedido, en su caso, la AP de Cádiz (Sección 5ª) en su Auto núm., 243/2020 dictado el 27 de noviembre del 2021<sup>13</sup>.

## II. Hechos

6. Los supuestos más habituales que se presentan a las autoridades españolas se dividen en dos situaciones que aun respondiendo a una realidad bastante parecida en algunos casos obtienen diferentes soluciones en la práctica<sup>14</sup>. Los rasgos comunes en la práctica habitual son: constitución de *Kafalas* sobre menores por parte de autoridades extranjeras y el posterior traslado de éstos a España (han venido a denominarse *Kafalas* transnacionales distintas de las *Kafalas* internacionales). Pero la diferencia está en que en unos casos quienes constituyen la *Kafala* son nacionales españoles, y en otros casos las *Kafalas* se constituyen por nacionales de los Estados donde la medida fue establecida<sup>15</sup>. En ambos supuestos son *Kafalas* transnacionales, es decir el menor es desplazado desde su lugar de origen a España, que es el Estado de residencia habitual de los *kafiles*.

7. El caso objeto de análisis está dentro del primero modelo o supuesto. Los datos son: un menor de edad de nacionalidad marroquí y con residencia habitual en Marruecos es declarada en abandono mediante decisión adoptada por un Tribunal de Primera Instancia marroquí en 2016. Los adoptantes, nacionales españoles, se acogieron a las normas de la *Kafala* y el menor les fue entregado constituyendo, por auto de 8 de marzo de 2017, una tutela dativa. La menor es entregada un mes más tarde a los hoy adoptantes quienes junto a la niña se trasladan a Ceuta el mismo 2017.

Tres años después de que la menor viajara a España desde Marruecos se insta la constitución de la adopción, medida que se acuerda por el juez de primera instancia el 27 de noviembre de 2020. Frente a este auto el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, quien resuelve por auto dictado el 27 de noviembre del 2021.

## III. El auto de la AP de Cádiz de 27 de noviembre del 2021

8. Como puede observarse los hechos son similares a los que de forma habitual caracterizan a los supuestos que se presentan a las autoridades españolas en relación con menores sobre quienes se ha constituido una *Kafala* judicial por autoridades extranjeras, en este caso marroquíes.

De hecho, la misma Sección 5ª de la AP de Cádiz ha resuelto dos supuestos anteriores con idénticos datos y con el mismo *iter* judicial: aprobación de la adopción en primera instancia, recurso presentado por el Ministerio Fiscal, desestimación del recurso en segunda instancia confirmando, por tanto, la decisión dictada en instancia por la que se aprobaba la adopción<sup>16</sup>.

9. En definitiva, se plantea a la AP de Cádiz la petición de adopción de una menor residente en España en compañía de los solicitantes que tienen la guarda y cuidado sobre la misma y a quienes se ha otorgado la tutela dativa por autoridades judiciales extranjeras. Para resolver la Audiencia se cuestiona: *primero*, ¿cuál es la legislación aplicable?, *segundo*, ¿a qué institución de protección de menores española debe asimilarse la *Kafala* constituida por las autoridades extranjeras?

<sup>13</sup> JUR/2021/5329.

<sup>14</sup> Nos referimos a las situaciones que se presentan con las kafalas judiciales y no a los supuestos de las kafalas notariales que en mayor medida se constituyen por familiares del menor que residen en España. Brevemente sobre las diferencias entre ambas *vid.*, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores”, *op. cit.*, p. 392. C. RUIZ SUTIL, “La mujer Kafala y la recepción de la Kafala...”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>15</sup> Ejemplo de S. ADROHER BIOSCA, “Kafala y adopción. El auto de la AP de Barcelona (Sección 18ª) Nº 220/2020 de 10 de junio”, *CDT*, (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 694-701. Mª J. SANCHEZ CANO, “Adopción de menores en situación de Kafala y la ley nacional del adoptando”, *CDT*, (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 931-946; M. GUZMÁN ZAPATER, “Kafala y Derecho español...”, *op. cit.*

<sup>16</sup> AP de Cádiz (Sección 5ª) Auto núm., 72/2018 de 12 de marzo, ECLI:ES:APCA:2018:561A; AP de Cádiz (Sección 5ª) Auto núm., 254/2020 de 11 de octubre, ECLI:ES:APCA:2020:1500A.

## 1. Razonamientos jurídicos a los que se refiere la decisión

**10.** Comenzando por el segundo de los interrogantes relativo a la institución española a la que debe de equipararse la *Kafala*, la AP recurre a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de Julio de 2006<sup>17</sup> en la que se califica por función a la institución de la *Kafala* asimilándola al acogimiento familiar. En consecuencia, la menor que había sido entregada a los ahora solicitantes en el año 2017 residía en España bajo ese régimen desde hacía más de tres años.

**11.** En torno al instrumento jurídico aplicable, la AP de Cádiz se remite a las previsiones de la Ley de Adopción Internacional. En primer lugar, deja clara la competencia de las autoridades españolas refiriéndose al artículo 14 de la LAI. En segundo lugar, en torno al derecho aplicable, se remite a los artículos 18 y 19, en particular para sostener la aplicación de la ley española a la adopción se basa en el apartado a) del artículo 18 y el artículo 19.1 letra b), dado que el menor tiene su residencia en España y adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción. En consecuencia, tanto la constitución de la adopción, la capacidad del adoptando como los consentimientos se regirán por la ley española.

El expediente de constitución de la adopción se tramitará conforme a las previsiones de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (art. 33 y siguientes de la LJV). Teniendo en cuenta los datos anteriores el proceso dará comienzo con la propuesta de adopción que se presenta directamente por los interesados mediante escrito.

La solicitud de manera directa por los interesados solo es posible en casos excepcionales dado que en la mayoría de los supuestos es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente (art. 176 del Cc y art. 35.3 LJV). El caso objeto de comentario, tal y como sostiene la AP de Cádiz, se encuentra entre aquellos que no precisan dicha propuesta, es decir no es necesario dado que el supuesto se encuentra entre los recogidos en el apartado 3 del artículo 176.2 del Cc. Ahora bien, que no sea necesaria la propuesta previa no quiere decir que la autoridad competente no tenga que cerciorarse de las condiciones de idoneidad de los adoptantes y que se cumplen los requisitos que la ley exige.

## 2. Razonamientos jurídicos que elude la decisión: ley nacional que prohíbe la adopción y su flexibilización

**12.** Aunque la AP de Cádiz se refiere a distintos apartados de los artículos 18 y 19 de la LAI no alude a la prohibición contenida en el artículo 19.4; limitación que sobrevuela el supuesto, dado que la ley marroquí prohíbe la adopción<sup>18</sup>. Por tanto, la cuestión es: ¿la decisión de la AP de Cádiz que confirma el auto de primera instancia y, por tanto, declara la constitución de la adopción es acorde con la norma? Como indicamos poco puede extraerse del auto dictado por el referido Tribunal. Tampoco hay referencia alguna al motivo por el que el Ministerio Fiscal presenta recurso<sup>19</sup>.

**13.** La flexibilización de la norma, y en su caso la posibilidad de constituir la adopción en estas situaciones, entendemos es posible teniendo en cuenta la interpretación que de la limitación del artículo 19.4 de la LAI ha hecho la FGE en el citado Dictamen 3/2016 (*vid., supra* apartado I).

Conforme al mismo la prohibición del artículo 19.4 opera cuando el menor conserve su nacionalidad de origen, no siendo aplicable, entre otros casos, si adquiere la nacionalidad española. ¿Quiere decir esta afirmación que la limitación no es aplicable cuando el menor adquiere la nacionalidad espa-

<sup>17</sup> BOE núm. 207, de 30.08.2006.

<sup>18</sup> Si se menciona el art. 19.4 de la LAI al oponerse el Ministerio Fiscal a la constitución de una adopción en base a la prohibición contenida en la ley marroquí. Sin embargo, la AP de las Islas Baleares (Sección 4ª) Auto nº 173/2017 expresa que tal ordenamiento no prohíbe la adopción, sino que no la completa. Y en base a lo anterior procede a la constitución de la adopción en España. ECLI:ES:APIS:2017:315A. Se refiere expresamente al referido precepto y deniega la constitución de la adopción la AP de Logroño (Sección 3ª) Auto nº 173/2021, ECLI:ES:APLO:2021:173A.

<sup>19</sup> Referencia que tampoco aparece en los Autos ya mencionados de la misma Audiencia (*vid., supra*, nota al pie núm., 16).

ñola por la adopción (art. 19.1 del Cc)? o ¿qué la limitación no opera cuando el menor podría adquirir la nacionalidad española por otra vía?

*La primera opción*, conlleva considerar español al menor al constituir la adopción. Es decir, aplicar la ley española como ley nacional presunta que adquirirá por la adopción (art. 19.1 del Cc)<sup>20</sup>. Este enfoque no parece que se corresponda con la interpretación que ha de darse al Dictamen de la FGE en la medida que, como algún autor ha indicado, éste evitaría la práctica anterior de anticipar la aplicación de la ley española como ley de la futura nacionalidad del adoptando (si el *kafil* fuera español)<sup>21</sup>.

*La segunda opción*, supondría que la limitación no operaría cuando el menor hubiera podido adquirir la nacionalidad por otra vía distinta a la tesis o teoría de la nacionalidad anticipada, lo que sería posible, por ejemplo, cuando el menor en régimen de *Kafala* llevara un año de residencia en España y hubiera estado en acogimiento por persona o institución española durante dos años consecutivos (art. 22.1 CC). Esta podría ser la solución aplicable a este supuesto dado que la menor lleva en situación de acogimiento por españoles desde abril de 2017 y, en consecuencia, la adquisición de la nacionalidad por la vía indicada es posible cuando, como en este caso, los *kafiles* sean españoles y representantes legales del menor<sup>22</sup>.

**14.** Esta segunda opción encaja con el supuesto analizado; ahora bien, del Auto de la AP de Cádiz no podemos extraer qué razonamiento siguió dado que no se refiere a la prohibición contenida en la ley nacional de la menor y contemplada por el artículo 19.4 de la LAI.

#### IV. Conclusiones

**15.** Los hechos responden a datos tradicionales en la práctica española: nacionales españoles con residencia en España que constituyen una *Kafala* en el país de origen del menor y posterior traslado del mismo a España. Si bien es cierto que junto a los supuestos anteriores hay otros que se están volviendo también habituales, como la constitución de una *Kafala* por residentes españoles pero nacionales del Estado de constitución y traslado posterior a España del menor.

**16.** La actuación de la AP de Cádiz en estos casos, al menos en los últimos tiempos ha sido bastante parecida: en primera instancia se insta la constitución de la adopción. El Ministerio Fiscal se opone presentando recurso ante la AP y finalmente ésta acepta el recurso confirmando la decisión en instancia.

La AP ha seguido la calificación por función de la *Kafala* como acogimiento y en estos casos ha sostenido como no es necesaria la Propuesta previa de la Entidad pública competente; por tanto, se admite la actuación directa de los solicitantes. Ahora bien, ello no quita que no sea necesario obtener la información que requiere la norma sobre los adoptantes.

También es cierto que en este Auto y en los anteriores la AP de Cádiz no se ha referido a la prohibición de adopción del artículo 19.4 de la LAI, aunque estemos en un supuesto en el que la ley nacional de la menor prohíba la adopción. Pero, como hemos visto la modulación de dicha cláusula a través de las directrices dadas por la Fiscalía General es posible, de manera que la prohibición no será aplicable cuando el menor adquiere la nacionalidad española, inclinándonos por la opción que descarta la aplicación anticipada de la ley española por la adopción, pero que permite acudir a otras vías como la indicada.

**17.** En definitiva, creemos que la actuación de la AP de Cádiz ha sido correcta, aunque hay muchos aspectos que no quedan reflejados en la decisión y que deberían de haberse planteado de forma expresa en el Auto comentado.

<sup>20</sup> En relación a la conexión anticipada *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones:...”, *op. cit.*, p. 508.

<sup>21</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción...”, *op. cit.*, p. 408.

<sup>22</sup> Sobre este aspecto véase el Dictamen de la FGE cuando afirma: “Cuando la kafala ha sido constituida por la autoridad pública competente del país de origen con fundamento en una previa situación de abandono, debe partirse de la atribución de la representación legal del menor a su acogedor”.

# EXTRANJEROS Y DERECHOS FORALES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020\*

## FOREIGNERS AND FORAL LAWS: COMMENTS ON THE JUDGEMENT ISSUED BY THE AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES ON 30 DECEMBER 2020

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

*Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco*

Recibido: 22.02.2021 / Aceptado: 27.04.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6294>

**Resumen:** La sentencia comentada determina de una manera adecuada la ley que debe aplicarse a la sucesión de un extranjero con residencia habitual en España. En concreto, determina que es aplicable la de su residencia habitual en un territorio foral.

**Palabras clave:** sucesión internacional, extranjeros, derechos forales.

**Abstract:** The commented sentence determines in an adequate way the law that must be applied to the succession of a foreigner with habitual residence in Spain. Specifically, it determines that it is applicable that of the region of residence.

**Keywords:** International succession, foreign, foral law.

**Sumario:** Introducción. II. Hechos que se plantean. III. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2019. IV. La visión de la audiencia provincial de las Islas Baleares. VI. Conclusión.

### I. Introducción

1. La sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020, revisando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2019<sup>1</sup> se enfrenta a la problemática cuestión de las sucesiones de los extranjeros sometidas, en virtud del Reglamento 650/2012<sup>2</sup>, a una de las normativas españolas.

---

\* ECLI:ES:APIB:2020:2608. Una vez aprobada la publicación del presente comentario el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares en sentencia de 14 de mayo de 2021 desestimó íntegramente el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia impugnada. La sentencia de casación, pendiente de publicar en CENDOJ, y que –como la anterior– me fue amablemente anticipada por el notario de San Sebastián D. Francisco Javier Oñate Cuadros, será objeto de un futuro comentario.

<sup>1</sup> BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019.

<sup>2</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 L-201/107, de 4 de julio de 2012.

## II. Hechos que se plantean

2. Resumidamente, los hechos son los siguientes: el 16 de marzo de 2018 una mujer de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca, hizo ante notario donación de bienes con pacto de definición a sus hijos, también de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca, conforme al artículo 50 de la Compilación Balear<sup>3</sup>; unos días después hizo constar en un acta de manifestaciones que no había otorgado *professio iuris* en favor de su ley nacional.

3. La Registradora de la Propiedad del lugar de localización de los bienes denegó la inscripción, por lo que su calificación fue en primer lugar recurrida ante la DGRN que emitió la resolución *aparentemente ortodoxa*<sup>4</sup> que veremos a continuación.

## III. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2019

4. La resolución confirma la calificación; acudiendo al Reglamento 650/2012 en primer lugar determina que la sucesión se regirá por la Ley española, para buscar la solución al conflicto interno, acude, en primer lugar, a la normativa interna por remisión del artículo 36.1, concluyendo que, habida cuenta que los extranjeros carecen de vecindad civil -determinante de la ley personal en los conflictos internos- debe acudir a la ley de la unidad territorial de residencia de la instituyente -art. 36.3 del Reglamento-, razonamiento que suscribimos. A pesar de ello, rechaza la aplicación de la normativa balear, en tanto considera que se trata de una cuestión no de conflicto, sino de normativa sustantiva balear, con el siguiente razonamiento: “El análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín para su celebración. Esta consideración, como lo es, (...) actualizados –según interpretación constitucional del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución– pero fundados en su tradición jurídica, nada tiene que ver con la conexión «vecindad civil» que es relevante, como se ha indicado, para la determinación de ciertos supuestos mixtos, en la confluencia del conflicto entre dos unidades territoriales en una sucesión internacional. (...) En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión. Es decir, no supone un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear. Y conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante no sea mallorquín”.

5. Es decir, que, si bien el Reglamento nos lleva al Derecho balear, este no es aplicable porque sólo aplica a los avecindados en esta Comunidad Autónoma, “conforme a la tradición y los antecedentes históricos”.

6. Esta interpretación ha sido objeto de variadas opiniones negativas, avaladas, como veremos, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares. Compartimos que la doctrina del Órgano administrativo no puede sino merecer una severa crítica, pues conforme a esa línea interpretativa ningún

<sup>3</sup> El artículo 50 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares dispone:

*Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.*

*La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima.*

*El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición.*

*La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública.*

*Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima.*

<sup>4</sup> S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ,, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019”, *La Ley Unión Europea*, Nº 79, octubre 2019, p. 3.

Derecho foral aplicará nunca a un extranjero, a pesar de que resida en una *unidad territorial foral*, si todos los Derechos forales aplican sólo a sus vecindados. ¿Qué significa esto? ¿Qué siempre aplicará el Derecho común, como dice, con acertadas palabras J.C. MARTÍN ROMERO<sup>5</sup>? Eso nos tememos, a pesar de que la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1993<sup>6</sup> sentó la igualdad de todos los derechos civiles españoles dentro de su ámbito competencial: los órganos centrales deben asumir de una vez por todas que España es un Estado descentralizado en materia de Derecho civil, con igualdad entre todos los ordenamientos dentro de su margen competencial, y no un Estado que *tolera* ciertos *folclorismos locales* siempre que no pretendan salir de su *tiesto*. Autores como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ<sup>7</sup> consideran que en una sucesión internacional no cabe “resucitar en un segundo escalón” la vecindad civil cuando el Reglamento ha optado por otra solución; B. BIBILONI GUASP<sup>8</sup> manifiesta que “... no tiene sentido que un extranjero, afincado en Mallorca, y al que la ley europea le concede la facultad de regir su sucesión por la ley del territorio más cercano, no pueda dar satisfacción, como si fuera un balear más, a su anhelo de adelantar su sucesión a favor de sus hijos o, en su caso, de otros familiares allegados, sin tener que esperar al momento de su fallecimiento”, en tanto la norma que rige la sucesión no exige expresamente la vecindad civil del causante, dejando la determinación de su ámbito personal a la ley general reguladora de los conflictos; finalmente, I. ESPÍÑEIRA SOTO<sup>9</sup> se pregunta si no “...convendría interpretar el artículo 50 Compilación en el sentido de que lo que el legislador quiere es que el pacto sucesorio se rija por la ley personal del disponente y ésta tras el Reglamento, para los extranjeros con su centro de vida en cualesquiera de las Comunidades de España con derecho civil propio no es la ley del Estado de su nacionalidad, salvo que hayan hecho uso de la *professio iuris*, sino la ley de la unidad territorial en la que éste tiene su residencia habitual en el momento de la conclusión del pacto, artículos 21.1, 24.1, 25.1 y 36.2 letra a) del Reglamento”.

7. A las que habría que añadir la eventual contravención del *Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*, como apunta J.J. PÉREZ MILLA<sup>10</sup>, en tanto “cualquier normativa territorial civil que establezca la condición foral como requisito y por ello impida su ejercicio a otro ciudadano de la Unión, vulnera el Principio del DU y debe eliminarse salvo justificación”.

8. O lo que es peor ¿significa esto que de una forma u otra la ley nacional del 9.8 CC se resiste a desaparecer? Porque es verdad que la Resolución dice que no es de aplicación el derecho balear, pero no deniega la inscripción del pacto sucesorio en virtud del artículo 1271 CC, sino que solo porque no es aplicable el Derecho balear y porque “a priori, el pacto no responde a la ley de la nacionalidad del donante”. Si esto es así, si se trata de una aplicación forzada de la nacionalidad –no olvidemos que no había *professio iuris*- sería peor, porque se habría inaplicado el Reglamento 650/2012 de manera indirecta, saltándose su posición en el sistema de fuentes, para acudir a *viejos* conceptos, por muy queridos que sean.

9. Adicionalmente debemos recordar que la propia DGRN en resolución de 24 de julio de 2019<sup>11</sup> da una respuesta más *canónica*, resolviendo que está sometida a la normativa balear –en concreto, a la

<sup>5</sup> “Y es que según la Dirección General, parece que para gozar de dicha especialidad foral sucesoria es precisa la nacionalidad española y la vecindad civil mallorquina. En realidad el problema es que los extranjeros no gozan de vecindad civil y la Dirección General no está por aceptar los criterios dinámicos de equiparación o sustitución en cuanto a extranjeros de la vecindad civil por la residencia habitual”

J.C. MARTÍN ROMERO, “Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019” *El Notario del siglo XXI*, nº 86, julio-agosto de 2019.

<sup>6</sup> Sentencia 226/1993, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1993).

<sup>7</sup> S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 15.

<sup>8</sup> B. BIBILONI GUASP, “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España”, [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), 23 de mayo de 2020, p. 21.

<sup>9</sup> I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Reglamento Europeo de Sucesiones y Derechos Civiles de España. Retirando capas de barniz”, [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), 17 de septiembre de 2019, p. 12.

<sup>10</sup> J.J.PÉREZ MILLA, “Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español”, *La Ley Unión Europea*, Nº 88, enero 2021, p. 12.

<sup>11</sup> BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019.

vigente en Eivissa y Formentera- la sucesión de un ciudadano alemán residente en ésta isla “según resulta de claros indicios, desde años antes de su fallecimiento”; se trataba de una sucesión testada, pero en la que “la lectura del título sucesorio no permite establecer ni aun de forma tácita “*professio iuris*” a la ley alemana...” por lo que acude a la Ley española, y de entre las diversas existentes, a la del lugar concreto de residencia habitual del causante extranjero. Razonamiento que no podemos sino suscribir y que hace aún más incomprensible la resolución anterior.

#### IV. La visión de la Audiencia provincial de Islas Baleares

10. Ya adelantamos que la solución alcanzada por la Audiencia Provincial nos parece acertada<sup>12</sup>; destaca que el punto de conexión vecindad civil no puede predicarse de un extranjero, por lo que no cabe acudir al artículo 36.1 del Reglamento, sino al 36.2, que nos remite a la unidad territorial en la que el causante tenga su residencia habitual para revocar la sentencia de instancia y la resolución de la DGRN manifestando que “...la aplicación de la Compilación Balear al supuesto que se nos plantea exige, dado que nos hallamos ante una situación jurídico privada internacional, una interpretación de la exigencia de “de vecindad mallorquina” del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con el Reglamento (UE) nº 650/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50. Entendemos que esta interpretación de la norma (...) favorece la coherencia sistemática de la regulación de la figura en su aplicación para Ibiza y Formentera y para Menorca, donde no existe una exigencia de subvecindad ibicenca o menorquina al modo previsto en el art. 50 CB. Pero, sobre todo, resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “ se rija por una ley previsible” para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento” para concluir con una frase que nos parece básica en la aproximación al problema “...es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés”.

11. Poco cabe comentar de unos Fundamentos de Derecho que se explican por sí mismo; la Audiencia, adopta una solución fundamentada en el Reglamento 650/2012, respetuosa no sólo con éste, sino con los Derechos territoriales, concluyendo de la manera más razonable, que no nos encontramos ante una cuestión interna sino internacional y que, en este caso, no sirviendo la solución nacional de la vecindad civil, procede acudir a la solución del Reglamento, esto es, a la ley de la residencia habitual del instituyente.

#### V. Estado actual de la cuestión

12. Vista la sentencia comentada y la resolución de la DGRN de 24 de julio de 2019 a la que nos hemos referido debería dar por zanjada la cuestión; sin embargo, un poco antes de dictarse la sentencia, la Resolución de la DGSJFP de 10 de agosto de 2020<sup>13</sup> da una nueva vuelta al asunto, concluyendo, por otro camino, que, una vez más, un extranjero no puede acogerse a un pacto de definición, manifestando que la posibilidad de otorgar un pacto sucesorio es una cuestión formal!, por lo que, a la luz del artículo 27 del Reglamento 650/2012 puede hacerse depender de la nacionalidad -en este caso, vecindad civil- del otorgante. Lo que se puede criticar, simplemente, acudiendo al Derecho positivo, en concreto, al

<sup>12</sup> Me permito aventurar que les parecerá igualmente acertada a los autores que he venido citando.

<sup>13</sup> BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020.

artículo 25.1 del Reglamento, conforme al que: *1. Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de una sola persona se regirá, por lo que atañe a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto.*

**13.** Completado con el 26, del siguiente tenor literal: *1. A los efectos de los artículos 24 y 25, se referirán a la validez material los siguientes elementos:*

*a) la capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa.*

**14.** Es decir, que queda meridianamente claro que no se trata de una cuestión formal -susceptible de las limitaciones del 27.1- sino material, regulada por la ley que rige la sucesión. Todo ello sin perjuicio de que, el Reglamento en su artículo 75 expresamente deja subsistente el Convenio de La Haya sobre forma de disposiciones testamentarias para los Estados que son parte del mismo; es decir, que ¡el artículo 27 del Reglamento no rige en España!

## VI. Conclusiones

**15.** La sentencia comentada no nos puede parecer sino correcta en su apreciación: el Reglamento nos lleva a la aplicación del Derecho de la unidad territorial de residencia del extranjero, en este caso la balear, al pacto de definición; así, cuando el causante es extranjero la remisión a la vecindad civil no puede tenerse sino por no hecha, en tanto ese punto de conexión queda desplazado por los del Reglamento. Es verdad que eso da lugar a situaciones tan curiosas como que a un extranjero residente le aplique una norma que no aplica a un español residente pero con otra vecindad civil; puede tener sentido o no, pero es lo que hay<sup>14</sup> y los organismos directivos tendrán que ir asumiéndolo, adaptando el Derecho interno al Reglamento, y no éste a aquél.

---

<sup>14</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, , op. cit., p. 15.

FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA Y DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO: REFLEXIONES  
AL HILO DE LA STJUE DE 3 DE OCTUBRE DE 2019, *VEREIN  
FÜR KONSUMENTENINFORMATION, C-272/18*

REAL ESTATE INVESTMENT FUNDS AND EUROPEAN  
PRIVATE INTERNATIONAL LAW: NOTES ON  
THE JUDGEMENT OF THE COURT OF 3 OCTOBER 2019,  
*VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION, C-272/18*

EVA JIMÉNEZ PALMA

*Profesora de Derecho internacional privado  
Universidad de Málaga*

ORCID ID: 0000-0002-5842-9470

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 08.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6295>

**Resumen:** La actualidad y relevancia del asunto C-272/18 radican principalmente en que se trata de la primera ocasión en la que el TJUE se pronuncia sobre el tratamiento que la «fiducia inmobiliaria de inversión» ha de recibir en sede de ley aplicable. En la sentencia se analiza, en esencia, si estos entramados fiduciarios se subsumen en el ámbito material del Reglamento Roma I, distinguiendo para ello entre cuestiones contractuales y cuestiones societarias. En relación a las primeras, se examina si resultan de aplicación las normas de protección de consumidores insertas en dicho instrumento europeo, prestando especial atención a la exclusión prevista en su art.6.4.a) “servicios prestados exclusivamente en un país diferente al de la residencia habitual del consumidor”, así como la autonomía conflictual regulada en su apartado segundo, en relación con la Directiva 93/13/CEE.

**Palabras clave:** fiducia y fondos de inversión inmobiliaria, derecho aplicable, contratos de consumo, prestación de servicios a distancia, autonomía conflictual.

**Abstract:** The actuality and relevance of Case C-272/18 lies mainly on the fact that it is the first time that the Court of Justice has ruled on the treatment that the «real estate investment funds» must receive in the area of applicable law. In essence, it is analyzed whether these fiduciary structures are submitted within the material scope of the Rome I Regulation, distinguishing between contractual and corporate matters. In relation to the first one, it is examined whether are applicable the consumer protection rules inserted in that instrument, paying special attention to the exclusion provided for in its article 6.4.a) “services provided exclusively in a country other than that of the habitual residence of the consumer” and the choice of law regulated in its second section, in relation to Directive 93/13/EEC.

**Keywords:** fiducia & real estate investment funds, applicable law, consumer contracts, electronic provision of services, choice of law in private international law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales planteadas. III. Enramado de relaciones jurídicas: aspectos contractuales versus aspectos societarios. 1. Los fondos de inversión inmobiliaria como «operaciones complejas» de naturaleza fiduciaria. 2. Repercusiones

sobre el ámbito material del Reglamento Roma I: problemas de calificación. 3. Alcance del artículo 1.2º.f) del Reglamento Roma I. 4. Aspectos societarios presentes en los fondos de inversión inmobiliaria controvertidos. IV. Fondos de inversión inmobiliaria y régimen de protección de consumidores del Reglamento Roma I. 1. Los contratos fiduciarios y el artículo 6.1 del Reglamento Roma I. 2. Exclusión prevista en el art. 6.4.a) del Reglamento Roma I: servicio fiduciario prestado “exclusivamente” en un Estado diferente al de la residencia habitual del consumidor. 3. Licitud de las cláusulas de elección de ley insertas en los contratos fiduciarios celebrados con consumidores. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Las cuestiones prejudiciales planteadas en la sentencia de 3 de octubre de 2019 (C-272/18)<sup>1</sup> fueron presentadas en el contexto de un litigio suscitado entre Verein für Konsumenteninformation (asociación de consumidores sin ánimo de lucro con domicilio social en Austria, en adelante «VKI») y TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG (sociedad fiduciaria con domicilio social en Hamburgo, en adelante «TVP»), en relación con la licitud de una cláusula de elección de ley aplicable que esta utiliza en contratos fiduciarios celebrados con inversores privados residentes en Austria.

2. Esta sentencia resulta de gran interés por diversos motivos. En términos generales, se puede afirmar que se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre el tratamiento que recibe la fiducia inmobiliaria de inversión en Derecho internacional privado europeo; concretamente, en sede de ley aplicable. En este contexto, el Tribunal de Justicia analiza, en esencia, dos cuestiones o dificultades preliminares: de una parte, si dicha operación fiduciaria se subsume en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 593/2008 (Reglamento Roma I)<sup>2</sup>; de otra, si a los aspectos que superan efectivamente el primer test, les resulta aplicable el régimen de protección de consumidores contemplado en dicho instrumento normativo.

3. En relación al ámbito del Reglamento, y con el fin de esclarecer si la fiducia inmobiliaria de inversión queda incluida en el elenco de materias a las que resulta aplicable el Reglamento, el Tribunal de Justicia delimita qué cuestiones son contractuales y cuáles son societarias, prestando especial atención para ello al artículo 1, apartado segundo, letra f), que excluye de su ámbito de aplicación «*las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas*».

4. Con respecto al régimen de protección de los contratos de consumo previsto en el Reglamento Roma I, en esta resolución se examinan diversas cuestiones de interés. Partiendo de una breve alusión al concepto de «contrato de consumo» (artículo 6), el Tribunal de Justicia analiza en profundidad el alcance de la exclusión prevista en el apartado cuarto, letra a) de dicho precepto, en virtud del cual las normas de protección en materia de consumo no se aplicarán a los “*contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual*”. Por último, y sobre la base del célebre asunto C-191/15<sup>3</sup>, se examina la licitud de la cláusula de elección de ley aplicable inserta en los contratos fiduciarios controvertidos, analizando para ello el artículo 6, apartado segundo, del Reglamento y, a la luz de éste, el artículo 3, apartado primero, de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> STJUE de 3 octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation* (C-272/18, EU:C:2019:827).

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4 de julio de 2008.

<sup>3</sup> STJUE de 28 julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation* (C-191/15, EU:C:2016:612).

<sup>4</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE L 1993 80526).

5. Ante la relevancia de tales cuestiones -unas más novedosas, otras quizás más conocidas-, resulta oportuno dedicar unas páginas a abordar los problemas que plantean, ofreciendo, desde una perspectiva crítica, algunas reflexiones -tanto teóricas como prácticas- en torno a la doctrina del Tribunal de Justicia derivada de este asunto.

## II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales planteadas

6. TVP es una sociedad fiduciaria con domicilio social en Hamburgo que, en su condición de filial al 100% del «grupo MPC», crea y comercializa fondos de inversión inmobiliaria en diferentes países<sup>5</sup>. En el litigio principal, el fondo de inversión en cuestión (denominado «Fondo 43») se había constituido en el año 2003 -en forma de sociedad comanditaria sometida al Derecho alemán-, y comercializado tanto en Alemania cuanto en otros países como Austria. Sus estatutos sociales facultaban a TVP a incorporar a nuevos inversores como socios comanditarios (artículo 3, apartado tercero).

7. Los inversores residentes en Austria que deseaban participar en tales fondos debían enviar a TVP una declaración de adhesión -en forma de oferta de celebración de contrato fiduciario-, e ingresar el importe de su participación en la cuenta fiduciaria del fondo elegido, abierta a nombre de TVP en un banco austriaco. Al firmar estos contratos fiduciarios (*Treuhandvertrags*) regidos por el derecho alemán<sup>6</sup>,

<sup>5</sup> Para mayor profundización sobre este tipo de operaciones comerciales, véase la nota 9 de las conclusiones del Abogado General y referencias citadas, en las que -siguiendo las observaciones de VKI- afirma que el uso de este tipo de fondos de tipo cerrado -particularmente extendido en Alemania- consiste en reunir capital, mediante la creación y venta de las participaciones en el capital de sociedades constituidas a tal fin, para invertir en bienes inmobiliarios, a fin de generar ingresos mediante el arrendamiento y la venta de tales inmuebles. En cuanto a la regulación de los fondos de inversión inmobiliaria en el sistema jurídico español, debemos tener en cuenta la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se incorpora al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017; y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, de entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.

<sup>6</sup> Como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, “en el marco de una operación de *Treuhand*, una persona a la que se denomina «fiduciante» (*Treugeber*) transfiere la titularidad de activos a otra persona denominada «fiduciaria» (*Treuhänder*), la cual debe mantener estos activos separados de su propio patrimonio y administrarlos con una finalidad determinada a favor de un beneficiario (que puede ser el fiduciante, aunque no necesariamente). En su condición de titular de los activos transferidos, el fiduciario actúa en nombre propio, pero por cuenta del beneficiario”. Merece especial atención la nota 11 de dichas conclusiones, en las que el AG afirma que “la *Treuhand* y la fiducia son similares al *trust* propio de los países del *Common Law*”. Apoyándose en el Informe Giuliano-Lagarde (DO 1980, C 282, p.13), añade que, si bien es cierto que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material la constitución de *trusts* y las relaciones entre constituyentes, administradores y beneficiarios (artículo 1, apartado segundo, letra h), tal exclusión no abarca las “instituciones similares de Derecho continental”. Aunque no me detendré en ello, puesto que excede del objetivo de este trabajo, deben ser puestas de relieve algunas consideraciones generales. Es común en la doctrina estudiar estas instituciones desde una perspectiva comparada, analizando las semejanzas y diferencias que presentan entre sí. No obstante, resulta muy difícil acordar cuáles son sus características esenciales. Incluso se discute qué son “fiducias”, “fideicomisos”, “*trusts*” y qué no. De hecho, emplear tales términos ya conlleva notables dificultades inherentes. Además, no se debe perder de vista que se trata de instituciones que están cambiando y evolucionando constantemente. Algunos autores consideran que el estudio de estas figuras jurídicas y del alcance de las mismas constituye uno de los esfuerzos más apasionantes para entender las posibles diferencias existentes entre distintas familias jurídicas: *common law*, *civil law* y *mixed legal jurisdictions*. Así, es frecuente caracterizar tales instituciones en función del sistema jurídico en el que se localicen, esto es, según si se trata de un sistema rígido o cerrado o, por el contrario, de un sistema abierto. Por ejemplo, considerar la propiedad como inequívoca, consolidada y absoluta lleva, según parte de la doctrina, al difícil entendimiento de la noción de *trust* y de su alcance. Asimismo, se ha entendido generalmente que los elementos fundamentales de la institución angloamericana son contrarios a los principios básicos de la *civil law doctrine*. Por el contrario, otros autores sostienen que el principio de *numerus clausus* de los derechos reales y la mayor parte de las razones que se esgrimen para mostrar las dificultades que presentaría la inserción de los *trusts* en los sistemas romano-germánicos parecen tan incomprensibles y arcaicos a los juristas angloamericanos como lo es la distinción entre el *common law* y la *equity* para los juristas continentales. Para profundizar sobre estas ideas, veáanse, entre otros, A. BRAUN, “The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts”, en M. GRAZIADEI y L. SMITH, (eds), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017; A. BRAUN y W. SWADLING, “Management Devices: Trust, *Treuhand*, Fiducie”, en S. VAN ERP y B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Hart Publishing, 2012, pp. 553, ss; W.W. BUCKLAND y A.D. MCNAIR, *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge, Cambridge University Press, 1952, p. 176; E. GAILLARD, “Les enseignements de la Convention de la Haye du 1er juillet 1985

los inversores entraban en el fondo indirectamente en calidad de fiduciarios. TVP, por su parte, prestaba los correspondientes servicios fiduciarios consistentes en gestionar las participaciones comanditarias en nombre propio, pero por cuenta de los fiduciarios; y remitiendo a estos los dividendos y demás ventajas patrimoniales derivadas de su participación.

8. Los modelos de contrato utilizados por la sociedad fiduciaria incluían una cláusula no negociada de forma individual que disponía lo siguiente: “[E]l presente contrato se rige por el Derecho de la República Federal de Alemania. El lugar de cumplimiento y el fuero judicial para todo litigio derivado del presente contrato y en relación con su celebración es el correspondiente al domicilio social de la fiduciaria, siempre que este pacto esté permitido por la ley”.

9. Esta cláusula constituye, precisamente, el objeto del litigio principal, y es que VKI (asociación de consumidores austriaca) interpuso el 6 de septiembre de 2013 una acción de cesación ante los tribunales vieneses solicitando que se prohibiera a TVP -a efectos de sus relaciones comerciales con inversores residentes en Austria- utilizar la cláusula anteriormente citada, por considerar que infringe tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho austriaco (aplicable, en su opinión, con arreglo al Reglamento Roma I: lugar de prestación de los servicios).

10. Si bien el tribunal de primera instancia (*Handelsgericht Wien*) estimó la demanda y ordenó a TVP que dejara de utilizar tales cláusulas, el tribunal de apelación (*Oberlandesgericht Wien*) anuló la sentencia y le devolvió el asunto para que prosiguiera la instrucción y adoptara una nueva resolución. Ambas partes recurrieron esta resolución ante el Tribunal Supremo (*Obester Gerichtshof*), quien decidió suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Están comprendidos en la exclusión del ámbito de aplicación que prevén el artículo 1, apartado 2, letra e), del [Convenio de Roma] y el artículo 1, apartado 2, letra f), del [Reglamento Roma I] los acuerdos entre un fiduciario y un fiduciario, tenedor de una participación en una sociedad comanditaria por cuenta del fiduciario, en particular cuando existe una trama de contratos societarios y fiduciarios?

2) *En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:*

¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, de la [Directiva sobre las cláusulas abusivas] en el sentido de que es abusiva una cláusula incluida en un contrato fiduciario celebrado entre un empresario y un consumidor para la administración de una participación comanditaria, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del país en que se encuentra el domicilio social de la sociedad comanditaria, cuando la única finalidad del contrato fiduciario es la administración de dicha participación comanditaria, incumbiendo al fiduciario los derechos y obligaciones de un socio directo?

3) *En caso de respuesta afirmativa a la primera o a la segunda cuestión:*

¿Es distinta la respuesta si el empresario, para prestar los servicios a los que se ha comprometido, no tiene que desplazarse al país del consumidor, pero está obligado a remitir al consumidor los dividendos y demás ventajas patrimoniales derivadas de la participación, así como información

---

relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Revue Juridique et Politique*, vol. 44, 1990, p. 305; M. GRAZIADEI, U. MATTEI y L. SMITH, *Commercial Trusts...*, ; H. HANSMANN y U. MATTEI, “The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review*, 73, pp. 434-435; D. HAYTON, *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague, Kluwer Law International, 2002; P. LEPAULLE, “Civil Law Substitutes for Trusts”, *Yale Law Journal* 36, 1926, pp. 1226, ss.; M. LUPOLI, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; F. MAITLAND, *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 23; T.B. SMITH, “Mixed Jurisdictions: Trusts, Fideicommissa and Trustlike Institutions”, en F.H. LAWSON (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Structural Variations in Property law*, Vol 6, Tübingen, Mohr, 1973, párrafos 262-267.

sobre el curso de los negocios relativos a la participación? ¿Tiene alguna incidencia a este respecto la circunstancia de que resulten de aplicación el Reglamento Roma I o el Convenio de Roma?

4) *En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión:*

¿Se mantiene inalterada esta respuesta si, además, la solicitud de suscripción del consumidor fue firmada en su país de residencia, el empresario también facilita información sobre la participación en Internet y se ha establecido un lugar de pago en el país del consumidor, en el que este debe ingresar el importe de la participación, si bien el empresario carece de facultad de disposición sobre esta cuenta bancaria? ¿Tiene alguna incidencia a este respecto la circunstancia de que resulten de aplicación el Reglamento Roma I o el Convenio de Roma?»

### III. Entramado de relaciones jurídicas: aspectos contractuales *versus* aspectos societarios

#### 1. Los fondos de inversión inmobiliaria como «operaciones complejas» de naturaleza fiduciaria

11. Actualmente, buena parte de los negocios celebrados en el seno del comercio internacional se articulan jurídicamente como «operaciones económicas complejas», esto es, operaciones formadas por diferentes contratos: un «contrato marco» en el que se regulan los aspectos de base de la relación jurídica (como las obligaciones de las partes) y varios «contratos secundarios o de ejecución» que se celebran generalmente en cumplimiento de las obligaciones pactadas en el primero. Se trata, por tanto, de una red contractual donde los efectos de cada contrato individualmente considerado inciden -directa o indirectamente- en los restantes<sup>7</sup>.

12. Uno de los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria es precisamente el relativo al fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual. Aunque el «contrato de fiducia» (en sentido estricto) se celebra únicamente entre fiduciante y fiduciario, los «entramados fiduciarios de carácter inmobiliario»<sup>8</sup> responden a un marco mucho más amplio, resultando de la combinación de numerosas relaciones jurídicas de distinta naturaleza (contractual, societaria, ...) que presentan un nexo funcional entre sí<sup>9</sup>. Si estos negocios ya presentan numerosos problemas -de validez y/o eficacia- en el tráfico interno<sup>10</sup>, todo se complica aún más cuando presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico.

13. En el asunto objeto de análisis, tal y como ha señalado el Abogado General (*Saugmandsgaard Øe*) en sus conclusiones, la «trama de contratos» controvertida se basa en el hecho de que en los fondos de inversión inmobiliaria (en adelante FII) -constituidos en forma de sociedades comanditarias

<sup>7</sup> M.A. CEBRIÁN SALVAT, «Las operaciones contractuales complejas en Derecho internacional privado europeo», *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 334-338, quien se decanta por el término «operaciones contractuales complejas», frente a otros como «contrato mixto o complejo», por tratarse de una operación conformada por varios contratos y no solo por uno.

<sup>8</sup> Estos esquemas fiduciarios pueden ser clasificados en atención a numerosos parámetros: i) según la función económica de la obligación asumida; ii) según el bien objeto del negocio; iii) según la naturaleza pública o privada del fiduciante; etc. De forma muy general, cabe afirmar que la fiducia inmobiliaria puede ser de administración, de inversión (por ejemplo, los fondos de inversión inmobiliaria), de garantía o de titulación. Por ser cada vez más conocidos y utilizados en Latinoamérica, véanse, por ejemplo, S.I. BELLO KNOLL, *Fideicomiso público*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, pp. 171-231; E. CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, *Del «Trust» anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. 34-38; A. ESTRADA ALONSO, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica: proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pp. 149-197; N.P. ETCHEGARAY, *Fideicomiso*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 81-115; L.M. MEDINA VANEGAS y J.A. VÁSQUEZ TORRES, «Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios», *Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, 2014, pp. 10-18; C.A. MOLINA SANDOVAL, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009, pp. 381-503; S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia, Legis, 2017, pp. 399-559.

<sup>9</sup> Destacan L.G. BAENA CÁRDENAS, *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 38-69; S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pp. 326-331.

<sup>10</sup> Véase *supra* nota 6.

conforme al derecho alemán- los contratos societarios de estas sociedades prevén la posibilidad de que los inversores celebren un contrato fiduciario con la sociedad fiduciaria (TVP) y entren de «forma indirecta» en las sociedades en calidad de fiduciantes, recibiendo el mismo trato que el resto de socios «directos» y ostentando, por tanto, las mismas obligaciones y los mismos derechos que estos. La naturaleza compleja de la operación también queda constatada en relación con la remuneración que percibe la fiduciaria (que viene estipulada en los contratos societarios), y en el hecho de que son los propios estatutos de las sociedades los que hacen referencia, en algunas ocasiones, a los contratos fiduciarios<sup>11</sup>.

14. Como se puede intuir, esta no es, sin embargo, una cuestión pacífica. De hecho, las partes litigantes manifiestan diferentes posturas al respecto. Por un lado, VKI considera que los contratos fiduciarios celebrados entre los inversores y la sociedad fiduciaria no se rigen por el Derecho de sociedades, sino por el Derecho de obligaciones. Por el contrario, TVP sostiene que los contratos fiduciarios son indisociables de los contratos societarios, existiendo una única relación jurídica, comprendida íntegramente en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado segundo, letra f) RRI.

## 2. Repercusiones sobre el ámbito material del Reglamento Roma I: problemas de calificación

15. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la principal cuestión que plantean los entramados contractuales es, sin lugar a dudas, la determinación de la ley aplicable. En opinión de algunos autores, se debe descartar una determinación global de la misma, y calificar separadamente cada una de las relaciones jurídicas que integran dicho entramado<sup>12</sup>. Consecuentemente, y salvo pacto en contrario, a cada uno de los negocios autónomos que conforman la operación se le aplicará su correspondiente norma de conflicto -en función de su naturaleza contractual, societaria, real, etc.-, quedando sometida al ordenamiento jurídico que determine la misma<sup>13</sup>.

16. En la sentencia que aquí se comenta no se discute, con carácter general, si los negocios fiduciarios generan «obligaciones contractuales», sino más bien cómo repercute la existencia de tal trama en la identificación del texto aplicable; particularmente, si la exclusión prevista en el artículo 1, apartado segundo, letra f) del Reglamento también comprende las obligaciones contractuales que tienen su origen en un negocio fiduciario que tiene por objeto la administración de una participación en una sociedad comanditaria<sup>14</sup>.

17. Se ha de partir, necesariamente, de dos ideas básicas: a) que el Reglamento Roma I se aplica, como dispone el artículo 1, apartado primero, a las «obligaciones contractuales», por lo que la ley aplicable a las mismas debe determinarse, en principio, conforme a las normas de conflicto contempladas en

<sup>11</sup> Véanse los puntos 36 y 37 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>12</sup> Entre los motivos esgrimidos por la doctrina para rechazar la calificación global, destaca la falta de previsibilidad y seguridad jurídica para las partes contratantes. Para profundizar sobre el tratamiento de las operaciones contractuales complejas en sede de ley aplicable, véanse J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y P. MENGOZZI, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 148-155; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Las operaciones...”, *op. cit.*, pp. 358-375; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999, pp. 86-89.

<sup>13</sup> Véanse F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture...*, *op. cit.*, pp. 270-276; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, pp. 195-199 y 231-232. No obstante, la doctrina valora la posibilidad -teniendo en cuenta el mayor o menor grado de interdependencia entre dichas relaciones jurídicas-, de aplicar a todas o algunas de ellas (según se desprenda del conjunto de circunstancias) la ley que presente vínculos manifestamente más estrechos. Activando para ello, a modo de ejemplo, la cláusula de excepción prevista en el artículo 4, apartado tercero, del Reglamento Roma I.

<sup>14</sup> D. BUREAU, “L’application du règlement Rome I à un contrat de fiducie ayant pour objet la gestion d’une participation dans une société en commandite et contenant une clause d’*electio juris* abusive”, *Rev. crit. DIP*, avril-juin 2020, p. 356. En palabras de este autor, “*cette question de délimitation des frontières n’est évidemment pas nouvelle pour les internationalistes, où elle s’exprime classiquement en termes de conflit de catégories*”.

dicho instrumento normativo<sup>15</sup>; b) que el apartado segundo, letra f), del mencionado precepto excluye expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas»<sup>16</sup>.

18. Por todo ello, la delimitación entre las reglas de conflicto en materia de obligaciones contractuales (establecidas en el Reglamento Roma I) y las reglas de conflicto en materia societaria (no armonizadas en el seno de la Unión), exige un riguroso ejercicio de clasificación distributiva en función de las cuestiones sobre las que se esté litigando<sup>17</sup>. En tal sentido se abordan los próximos apartados, en los que -al hilo de ciertas ideas fundamentales, pormenorizadamente ilustradas por la doctrina española especializada- se expone la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia que aquí se comenta, poniendo el foco en el tratamiento que recibe este tipo de negocios fiduciarios en Derecho internacional privado europeo.

### 3. Alcance del artículo 1.2º.f) del Reglamento Roma I

19. A modo de contextualización, se ha de partir de la base de que las instituciones europeas han venido mostrando cierta «desconfianza» hacia las normas de conflicto en materia societaria, lo que contrasta con la acentuada importancia del Derecho societario en el marco de la Unión. Esta desconfianza ha llevado a que ni la determinación del Derecho aplicable a la sociedad (*lex societatis*) ni la concreción de su contenido hayan sido objeto de atención por parte del legislador europeo. Como expone de forma magistral el profesor Arenas al analizar todas estas cuestiones, frente a la ausencia de normas conflictuales de rango institucional -y la inherente falta de previsibilidad y seguridad jurídica en el tráfico-, la jurisprudencia del TJUE ha venido a constituir un «sistema implícito de DIPr de sociedades»<sup>18</sup>. De ahí que la interpretación y aplicación residual de las normas de conflicto de fuente interna en cada EM se vean limitadas, entre otras, por las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento de personas jurídicas, contemplada en el art. 54 del TFUE<sup>19</sup>.

20. En relación a dicha ausencia de armonización europea, el Reglamento Roma I excluye expresamente de su ámbito material las cuestiones pertenecientes al Derecho societario [artículo 1, apartado segundo, letra f)]. El alcance de tal exclusión constituye uno de los puntos fundamentales sobre los que se versa la resolución objeto de análisis. Si bien es cierto que tal labor de interpretación es sumamente compleja<sup>20</sup>, se debe partir de la base de que el significado y alcance de la misma no pueden

<sup>15</sup> Artículo 1.1º: “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

<sup>16</sup> Artículo 1.2º.f): “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas”.

<sup>17</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ámbito de la exclusión del Derecho de sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I: comercialización de fondos de inversión y prestación de servicios en línea (STJ 1ª 3 octubre 2019. Asunto C-272/18: Verein für Konsumenteninformation)”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, p. 525.

<sup>18</sup> R. ARENAS GARCÍA, “El legislador europeo y el DIPr de sociedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017/1, pp. 49-52, defiende que no hay motivos para tal desconfianza. Tras examinar la necesidad y posibilidades de que el legislador europeo aborde la regulación del DIPr de sociedades, formula una serie de normas de conflicto especiales a tal respecto; *id.* “Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de Derecho internacional privado de sociedades”, en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739-759, para un análisis de la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

<sup>19</sup> R. ARENAS GARCÍA, “El legislador europeo...”, *op. cit.*, pp. 49-57 y esp. p.64. Véanse, igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2720-2723; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 339-340.

<sup>20</sup> Examinando desde una perspectiva crítica la dificultad que entraña la determinación del alcance de tal expresión, véase J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 641.

ser establecidos por el Derecho de cada Estado parte. Puesto que este concepto ayuda a definir el ámbito de aplicación de un Reglamento europeo -y que debe garantizarse su aplicación uniforme por todos sus Estados parte-, requiere un significado autónomo<sup>21</sup>, con arreglo al tenor literal de esta disposición, a su génesis y al sistema y los objetivos de este Reglamento<sup>22</sup>.

**21.** Cabe destacar la exhaustiva labor de interpretación llevada a cabo por el Abogado General en sus conclusiones<sup>23</sup>, en las que atiende a algunas de las técnicas de interpretación más extendidas en el ámbito del DIPr europeo: (i) Haciendo referencia, en primer lugar, a la literalidad de la disposición, sostiene que si bien el art.1.2.f) RRI enumera algunas materias -a modo de calificación ejemplificativa- como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, así como la responsabilidad personal legal de los socios y administradores con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas, dicha enumeración no es exhaustiva, sino meramente ilustrativa<sup>24</sup>; (ii) Atendiendo, por otro lado, a la génesis de esta exclusión, recuerda que se debe tener en cuenta que la introducción de esta exclusión en el Convenio de Roma respondió, en parte, a la disparidad normativa existente entre los Estados parte en materia societaria<sup>25</sup>; (iii) Por último, en lo que al sistema y objetivos del Reglamento Roma I se refiere, el Abogado General parte de dos ideas relevantes: (a) de un lado, que las sociedades que operan en el contexto internacional están vinculadas con distintos ordenamientos jurídicos, que pueden pretender regularlas; y (b) de otro lado, que en los sistemas jurídicos de los Estados miembros se acepta generalmente que, a fin de garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídica -así como en interés de sus acreedores y socios-, determinados aspectos societarios han de regirse de manera uniforme por la denominada *lex societatis*<sup>26</sup>.

**22.** Sobre la base del análisis realizado por el Abogado General, el Tribunal de Justicia concluye que la exclusión contemplada en el artículo 1, apartado segundo, letra f), únicamente se refiere a los «aspectos orgánicos de esas sociedades», esto es, a los «actos pertenecientes al Derecho de sociedades», entendiendo por tales todos los actos necesarios para la constitución de una sociedad o que rigen su vida interna o su disolución<sup>27</sup>. Con otras palabras, se excluyen aquellas cuestiones que queden comprendidas en el ámbito de la *lex societatis*<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., p. 2736; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 92-93; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional...*, op. cit., pp. 76-78; R. PLENDER, *The european contracts...*, op. cit., pp. 29-30.

<sup>22</sup> Véase, por analogía, el razonamiento que siguió el TJUE en la STJUE de 14 de noviembre de 2002, Baten (C-271/00, EU:C:2002:656), apartado 42; en la STJUE de 22 de febrero de 1979, Gourdain (C-133/78, EU:C:1979:49), apartado 3, así como en la STJUE de 3 de octubre de 2013, Schneider (C-386/12, EU:C:2013:633), apartado 19.

<sup>23</sup> Puntos 42 a 45 de las conclusiones.

<sup>24</sup> Esta interpretación queda confirmada por el Informe GiulianoLagarde (DO 1980 C 282, p.1), en el que se precisa que esta exclusión se refiere a todos los actos de naturaleza compleja que son necesarios para la constitución de una sociedad o para regir su vida interna o su disolución. Véase la STJUE de 8 de mayo de 2019, Kerr (C25/18, EU:C:2019:376), apartados 33 y 34.

<sup>25</sup> Examinando la diversidad jurídica material y conflictual inherentes al Derecho societario internacional, destacan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., p. 2689 y ss., que comentan hasta seis teorías diferentes al respecto.

<sup>26</sup> Considerandos 6 y 16 del Reglamento.

<sup>27</sup> Apartados 35 y 36 de la sentencia.

<sup>28</sup> Como exponen J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, op. cit., pp. 641-642, el Legislador europeo no ha tenido en cuenta la «tendencia contractualista» en esta materia. Si bien se entiende que ciertos aspectos societarios queden excluidos de este Reglamento Roma I por su dimensión institucional, otros deberían quedar incluidos en el ámbito material del instrumento europeo. De esta forma, el Reglamento resultaría aplicable no solo a los contratos celebrados por las sociedades (ej. contratos fiduciarios), sino también las propias obligaciones entre la sociedad y sus socios. En cuanto a la doctrina más contractualista, destaca, entre otros, R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, Civitas, 1999, esp. pp. 40-71; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Derecho de sociedades y conflictos de leyes: la determinación de la *Lex societatis* y su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 19, 2004, pp. 67-176; *id.* *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA, 2002, pp. 117-134.

No obstante, la ausencia de una normativa europea uniforme en materia societaria<sup>29</sup> hace que sea sumamente complejo, si no imposible, proporcionar una definición exhaustiva de lo que constituye una «cuestión perteneciente a la *lex societatis*». Como consecuencia, el Abogado General sostiene se debe analizar caso por caso, atendiendo a los «principios generales que se desprenden de los ordenamientos jurídicos nacionales», cuyas normas de conflicto -además de las sustantivas- suelen enumerar las cuestiones pretendidas en dicho ámbito<sup>30</sup>. Cabe intuir la dificultad que ello puede suponer, pues las divergencias presentes en dichos sistemas jurídicos y la forma en que, consecuentemente, cada uno de ellos aplique el Reglamento europeo, menoscabarían claramente el principio de uniformidad de soluciones entre los Estados miembros del Reglamento. Una misma realidad jurídica puede ser incluida o excluida del ámbito material del mismo dependiendo del Estado parte en que se esté dirimiendo la misma. Como expone el Abogado General, “*ante estas divergencias, es sin duda conveniente centrarse en el «núcleo duro» de cuestiones generalmente aceptadas en estos Estados, con el fin de preservar el objetivo de previsibilidad y seguridad jurídica en cuanto al Derecho aplicable a una sociedad perseguido por el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I. En este contexto, los estatutos de una sociedad, en la medida en que regulan las cuestiones relativas a su funcionamiento interno, como el alcance y el ejercicio de los derechos políticos (entre ellos el derecho a voto) y los derechos pecuniarios (entre ellos el derecho a dividendos) que se derivan de la condición de socio, están comprendidos en la exclusión prevista en esa disposición*”<sup>31</sup>.

#### 4. Aspectos societarios presentes en los fondos de inversión inmobiliaria controvertidos

**23.** Atendiendo particularmente a los fondos de inversión inmobiliaria objeto del litigio principal, el Tribunal de Justicia declara que la condición o no de socios de los fiduciarios, los eventuales derechos y obligaciones que los fiduciarios tienen frente a las sociedades comanditarias, las eventuales obligaciones de los fiduciarios frente a terceros acreedores de la sociedad, así como los estatutos de la sociedad fiduciaria (en la medida en que regulan el funcionamiento interno de la misma, el alcance y ejercicio del derecho a voto y del derecho de los fiduciarios a los dividendos) son cuestiones que se rigen por el Derecho de sociedades y, por tanto, quedan excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento<sup>32</sup>.

**24.** Aunque los negocios fiduciarios puedan plantear cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, como las expuestas en el párrafo anterior, no ocurre lo mismo con los contratos subyacentes a tales operaciones<sup>33</sup>. Como ha señalado el Abogado General y reafirmado el Tribunal de Justicia en su sentencia, la mera circunstancia de que un contrato fiduciario tenga vínculos con cuestiones societarias, no tiene por efecto excluir del ámbito material del Reglamento Roma I las obligaciones que tienen su origen en dicho contrato<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Véase *supra* apartado 19.

<sup>30</sup> En el ordenamiento jurídico español, el art. 9. 11º Cc hace referencia expresa a la capacidad, la constitución, la representación, el funcionamiento, la transformación, la disolución y la extinción de las personas jurídicas. En opinión de F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p.336, esta norma de conflicto se refiere al “estatuto personal” de las personas jurídicas en su conjunto, esto es, tanto a los aspectos internos como a los aspectos externos de la sociedad.

<sup>31</sup> El Abogado General cita como obra de referencia a C. GERNERBEUERLE, F. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER y M. SIEMS, *The Private International Law of Companies in Europe*, Beck, Hart and Nomos, 2019, pp. 47 a 127. Merecen especial atención, en este contexto, las exhaustivas normas de conflicto propuestas por R. ARENAS GARCÍA, “El legislador europeo...”, *op. cit.*, pp.64-72.

<sup>32</sup> Véanse, especialmente, el apartado 39 de la sentencia y el punto 48 de las conclusiones del Abogado General. En tal sentido, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ámbito de la exclusión...”, *op. cit.*, p. 525.

<sup>33</sup> En tal sentido, el Tribunal de Justicia ya declaró, en la STJUE de 7 de abril de 2016, KA Finanz (C-483/14, EU:C:2016:205, apartados 52 a 58), que, tras la absorción de una sociedad transfronteriza, la ley aplicable a la interpretación, el cumplimiento y la extinción de las obligaciones que generaban los contratos seguía siendo la ley que regía los mismos antes de su fusión.

<sup>34</sup> Apartado 37 de la sentencia.

25. Por lo tanto, no deben confundirse las cuestiones societarias (excluidas del ámbito material del instrumento europeo) con las cuestiones de carácter contractual, que pertenecen al ámbito de aplicación de la *lex contractus* y, por ende, del citado Reglamento<sup>35</sup>.

La acción de cesación entablada por VKI versaba sobre el carácter abusivo y, por ende, la licitud de determinadas cláusulas de los contratos fiduciarios controvertidos, las cuales se refieren a cuestiones como el alcance de la responsabilidad de TVP en su condición de fiduciaria, los plazos de prescripción y de caducidad de los que dispone el inversor para ejercitar una acción de indemnización contra la sociedad fiduciaria, el lugar de prestación de los servicios fiduciarios y la ley aplicable al contrato fiduciario. Asimismo, en términos de «relaciones internas», las cláusulas contractuales controvertidas tienen por objeto regular las relaciones entre fiduciante y fiduciario. Obligaciones existentes entre ambos en virtud del contrato fiduciario. Incluso cuando dicho contrato reproduzca los derechos y obligaciones establecidos en contratos societarios, solo serán oponibles entre las partes en la medida en que el contrato fiduciario contemple tal posibilidad<sup>36</sup>.

Todas estas cuestiones pertenecen al ámbito de la *lex contractus* y, por ende, del Reglamento Roma I. De ahí que el Tribunal de Justicia concluya que, independientemente del posible vínculo que la operación pueda tener con el Derecho societario, las obligaciones contractuales que tienen su origen en contratos fiduciarios no están comprendidas en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado segundo, letra f) del Reglamento<sup>37</sup>.

#### IV. Fondos de inversión inmobiliaria y régimen de protección de consumidores del Reglamento Roma I

##### 1. Los contratos fiduciarios y el artículo 6.1 del Reglamento Roma I

26. Una vez constatado que la ley aplicable a las obligaciones que tienen su origen en contratos fiduciarios será determinada de conformidad con las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I en este apartado, se dará un paso más. Se tratará de determinar si los contratos fiduciarios que tienen por objeto la administración de participaciones en fondos de inversión inmobiliaria son «contratos de consumo» a los efectos del citado Reglamento y, posteriormente, si resulta aplicable el régimen especial de protección de los consumidores contemplado en el artículo 6 del texto<sup>38</sup>.

27. Como ha manifestado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, si bien los conceptos utilizados en el Reglamento Roma I y, particularmente, los que figuran en el mencionado precepto deben ser interpretados de forma autónoma, procede tener en cuenta el concepto de «consumidor» contenido en otras normas europeas (como el Reglamento Bruselas I bis). Todo ello a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador europeo y la coherencia del Derecho de

<sup>35</sup> Ámbito de la ley aplicable, artículo 12 del Reglamento Roma I: “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; e) las consecuencias de la nulidad del contrato. 2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.

<sup>36</sup> Véanse los apartados 39 a 41 de la sentencia y puntos 49 a 59 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>37</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ámbito de la exclusión...”, *op. cit.*, pp. 525-526.

<sup>38</sup> Considerando 23 RRI: “En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales”. Se parte, pues, de la idea de desigualdad entre las partes, derivada de la experiencia, conocimiento y recursos profesionales de los que dispone una de ellas frente a la otra. Véase D. CARRIZO AGUADO, “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, num. 98/2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, no. 1, marzo 2021, pp. 771-773; J.M. DE DIOS MARCER, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 6.

la UE (considerando 7 RRI)<sup>39</sup>. No obstante, esto debe ser matizado, pues, aunque “*se ha de velar por el mantenimiento de la uniformidad de los regímenes jurídicos relativos a las reglas de conflicto de leyes y a la determinación de la competencia internacional en materia de contratos con consumidores*”, el artículo 17, apartado primero, del Reglamento Bruselas I bis y el artículo 6, apartado primero, del Reglamento Roma I no deben interpretarse de forma idéntica. Téngase en cuenta que tales Reglamentos no tienen el mismo objeto, “*por cuanto el primero regula las cuestiones de procedimiento, mientras que el segundo trata de la problemática de los conflictos de leyes con el fin de determinar el Derecho material aplicable*”<sup>40</sup>.

**28.** Como sabemos, para poder aplicar el artículo 6 del Reglamento Roma I se deben cumplir ciertas condiciones cumulativas (subjetivas, materiales y espaciales). Se debe constatar, en primer lugar, que el contrato haya sido celebrado entre un «consumidor» y un «profesional». Por otro lado, que el profesional haya internacionalizado su negocio. Y, además, que no se trate de uno de los supuestos excluidos en el apartado cuarto de dicho precepto<sup>41</sup>.

**29.** Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el concepto de «consumidor» debe interpretarse de forma restrictiva, y “*en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona*”<sup>42</sup>. Cabe destacar que, tal y como ha afirmado el Tribunal de Justicia en numerosas sentencias, este concepto se define por oposición al de «operador económico», de modo que solo serán considerados consumidores aquellas personas físicas que contraten para satisfacer las propias necesidades de su consumo privado, esto es, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (consumidor final privado)<sup>43</sup>.

Como sabemos, en el litigio principal del presente asunto, los inversores interesados en participar en los fondos de inversión inmobiliaria -comercializados por la sociedad fiduciaria (TVP)- remitían a ésta una declaración de adhesión en forma de oferta de celebración de un contrato fiduciario, e ingresaban el importe correspondiente a la participación en la cuenta fiduciaria del fondo elegido (abierto a nombre de la sociedad fiduciaria). La condición o no de consumidores de estos inversores estará supeditada, por tanto, al hecho de que actúen con fines que puedan considerarse ajenos a su actividad profesional o comercial<sup>44</sup>. Esta circunstancia se dará en numerosas ocasiones, pero, en muchas otras, será sumamente complejo determinar si se trata realmente de consumidores privados. Para ello, “*no se tendrán en cuenta los conocimientos y la información que el inversor de que se trate dispone realmente, o la especialización que el mismo pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios*”<sup>45</sup>. Por todo ello se

<sup>39</sup> STJUE de 2 de mayo de 2019, Pillar Securitisation (C-694/17, EU:C:2019:345), apartado 34 y jurisprudencia citada.

<sup>40</sup> STJUE de 3 de octubre de 2019, Petruchová (C-208/18, EU:C:2019:825), apartado 33. En tal sentido, S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70, Nº 2, 2018, pp. 17-47.

<sup>41</sup> C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 175-176; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., pp. 3322-3330; J.M. DE DIOS MARCER, “Autonomía de la voluntad, protección del consumidor y Derecho aplicable a los contratos de consumo en el Reglamento 593/2008: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, Asunto C-272/18”, *La Ley Unión Europea*, febrero 2020, Nº78, pp. 5-6.

<sup>42</sup> Se pronuncian sobre este punto, entre otras, la STJUE de 14 de febrero de 2019, Milivojević (C-630/17, EU:C:2019:123), apartado 87; y la STJUE de 25 de enero de 2018, Schrems (C-498/16, EU:C:2018:37), apartado 29.

<sup>43</sup> Pronunciándose sobre este particular, destacan la STJUE de 10 de diciembre de 2020, AB BB (C-774/19, EU:C:2020:1015), apartados 29 a 31; la STJUE de 14 de marzo de 2013, Česká spořitelna (C-419/11, EU:C:2013:165), apartado 32; la STJUE de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, EU:C:1993:15), apartado 23; STJUE de 20 de enero de 2005, Gruber (C464/01, EU:C:2005:32), apartados 36 y 37. Véase A.L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 93-94.

<sup>44</sup> D. CARRIZO AGUADO, “Observación jurisprudencial...”, op. cit., p. 772, hace una interesante reflexión al respecto: “*con la llegada del asunto Petruchová 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*”.

<sup>45</sup> Véase la sentencia, antes citada, AB BB, apartados 39 y 40; Petruchová, apartado 56; y de 3 de septiembre de 2015, Costea (C110/14, EU:C:2015:538), apartado 21. En tal sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, op. cit., pp. 677-682.

concluye que los contratos fiduciarios controvertidos únicamente serán considerados «contratos de consumo» a los efectos del Reglamento Roma I cuando el «profesional» (en este caso, la sociedad fiduciaria TVP) contrate con inversores/fiduciantes que tengan la condición de «consumidores»: personas físicas que celebren estos contratos para un propósito que puede considerarse ajeno a tal actividad<sup>46</sup>. De modo que en los supuestos en los que los inversores sean personas jurídicas o no contraten con fines privados, no resultará aplicable el régimen de protección de consumidores previsto en el art.6<sup>47</sup>.

**30.** El otro contratante debe ser un «profesional», entendiendo como tal aquella persona que actúa en ejercicio de su actividad comercial<sup>48</sup>. En este asunto, se observa que TVP (como sociedad fiduciaria y socia comanditaria fundacional) sí tiene condición de profesional, pues ofrece a los fiduciantes la prestación de un servicio fiduciario. Asume la participación comanditaria por cuenta del inversor y la administra a título fiduciario, remitiéndole los dividendos, así como el resto de ventajas patrimoniales. Por estos servicios, cobra una comisión global del 0.3% de la aportación del inversor<sup>49</sup>.

**31.** En cuanto al ámbito espacial de la norma, debe recordarse que el Reglamento Roma I no protege a todos los consumidores, sino solamente a los denominados «consumidores pasivos», esto es, a aquellos que no hayan tenido una actitud «activa» en la celebración del contrato<sup>50</sup>. La operación ha de localizarse, por tanto, en el Estado de la residencia habitual del consumidor. Se pueden distinguir dos situaciones en este sentido: 1º) que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; 2º) o que por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país<sup>51</sup>.

En el asunto que nos ocupa, la celebración de los contratos fiduciarios se llevaba a cabo en Austria, donde los consumidores austriacos realizaron los actos necesarios para la celebración del negocio, al tiempo que la otra parte contratante recibió en el mismo lugar el encargo. Por todo ello, se deduce que la sociedad fiduciaria dirigió efectivamente su actividad al mercado austriaco. En principio, estos contratos fiduciarios cumplen los requisitos previstos en el apartado primero del art.6 Reglamento Roma I, pero aún resta comprobar si constituyen uno de los supuestos excluidos expresamente en virtud del apartado cuarto del citado precepto.

## **2. Exclusión prevista en el art. 6.4.a) del Reglamento Roma I: servicio fiduciario prestado “exclusivamente” en un Estado diferente al de la residencia habitual del consumidor**

**32.** El art. 6 Reglamento Roma I excluye expresamente, en su apartado 4, determinados contratos de su ámbito de aplicación. Particularmente, la letra a) establece que las normas de protección en

<sup>46</sup> Apartado 62 de las conclusiones del Abogado General.

<sup>47</sup> En cualquier caso, resulta destacable que en este asunto ni el AG ni el TJUE se cuestionen tales extremos. Se limitan a hacer suya la calificación que realizó el órgano remitente en tal sentido. Véase J.M. DE DIOS MARCER, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>48</sup> No se exige en este punto que tal actividad comercial esté inscrita en ningún registro. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 3297-3299.

<sup>49</sup> Apartado 23 de la sentencia.

<sup>50</sup> Analizando exhaustivamente este requisito, D. CARRIZO AGUADO, “Examen detallado de la exclusión del Derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del Asunto *verein für konsumenteninformation*: Fortaleza legal hacia el consumidor inversor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 959-965.

<sup>51</sup> A fin de interpretar el concepto de «actividades dirigidas» en el ámbito del comercio electrónico, merecen especial atención las pautas contempladas en el considerando 24 del Reglamento Roma I: (i) «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades»; (ii) «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente». En tal sentido, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 3228-3330; D. CARRIZO AGUADO, “Examen detallado...”, *op. cit.*, p. 961; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 685-686; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 370-372.

materia de contratos de consumo no se aplicarán a “los contratos de prestación de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual”<sup>52</sup>. Como señala el Informe Giuliano-Lagarde, esta exclusión está justificada por el hecho de que, en tales circunstancias, el consumidor no puede esperar razonablemente que se aplique la legislación de su Estado de origen<sup>53</sup>. Además, el profesional, que presta servicios a consumidores que proceden de todo el mundo, tendría que informarse sobre una infinidad de Leyes estatales distintas, lo que dispararía los costes de esos servicios<sup>54</sup>. Del tenor literal de dicha exclusión se desprenden dos requisitos cumulativos: por una parte, que se trate de un “contrato de prestación de servicios” (condición material); y, de otra, que “los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual” (condición territorial).

**33.** En relación a qué se entiende por «contrato de prestación de servicios», cabe destacar que este concepto debe ser objeto de una interpretación uniforme, en el sentido de que debe entenderse del mismo modo que el que figura en el artículo 4.1.b) del Reglamento Roma I y en el actual artículo 7.1.b) del Reglamento Bruselas I bis<sup>55</sup>. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto «prestación de servicios» debe interpretarse en un sentido muy amplio. Implica, en términos generales, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración<sup>56</sup>.

En este contexto, ha de recordarse que los negocios fiduciarios de administración son operaciones complejas consistentes en la transmisión de la propiedad de un bien con el fin de que el fiduciario lo administre -en los términos y plazos convenidos- y lo retransmita al fiduciante una vez finalizada la gestión acordada. Se asimilan, en cierto modo, a otras figuras que comportan distintas prestaciones y transmisión de la propiedad de ciertos bienes al mismo tiempo, como los contratos de franquicia, de distribución, de restauración, etc<sup>57</sup>. Un sector doctrinal afirma que debe calificarse atendiendo a la finalidad del negocio, no en función de la obligación principal del mismo: si la finalidad económica del negocio es la prestación del servicio y no la transmisión de la propiedad, este debe calificarse como contrato de prestación de servicios. Por el contrario, si el fin del contrato es la transmisión de la propiedad de una cosa en sí, el contrato no será una prestación de servicio<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Coincide con la excepción prevista en el artículo 5.4.a) del Convenio de Roma.

<sup>53</sup> En lo que respecta al contexto en el que se inscribe el art. 6.4.a) Reglamento Roma I, esta disposición debe interpretarse de forma estricta, ya que establece una excepción al objetivo de protección que, con carácter general, persigue dicho artículo.

<sup>54</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., p. 3323.

<sup>55</sup> Considerando 17 del Reglamento Roma I: “(...) los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) no 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento (...)”. Como sabemos, la referencia al Reglamento Bruselas I debe entenderse hecha al Reglamento Bruselas I bis.

<sup>56</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., pp. 2825-2829 y 2950-2952. Partiendo de criterios económicos, estos autores definen el contrato de prestación de servicios como “aquel contrato que tiene como objetivo principal la realización, a cambio de una remuneración, de una actividad que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no la transmisión de la propiedad de una cosa ni tampoco la mera abstención o el mero «dejar hacer» por parte de un contratante en favor del otro”. Destaca, en este sentido, la STJUE de 8 de mayo de 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376), apartados 36 a 41. Es importante recordar en este punto que, tal y como expresa el TJUE en la sentencia de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung (C-533/07, EU:C:2009:257), apartados 34 y 35, el concepto de «servicios» que figura en el Reglamento Bruselas I bis no se corresponde necesariamente con el que ofrecen los artículos 56 y ss. del TFUE en materia de libre prestación de servicios. Mientras que en el primer caso se exige una interpretación restrictiva (por tratarse de foros especiales que excepcionan el principio general del domicilio del demandado), sí se justifica una interpretación más amplia en el ámbito de las libertades fundamentales del Mercado Interior, a fin de favorecer la libre circulación de mercancías, de capitales o de personas en la Unión (J.M. DE DIOS MARCER, “Autonomía...”, op. cit., nota 22).

<sup>57</sup> Sobre el carácter complejo de los contratos de franquicia y de distribución, la regulación específica contemplada en las letras e) y f) del art. 4.1 Reglamento Roma I quedan justificadas, en opinión de numerosos autores, por la dificultad que entrañaría la identificación de la prestación característica, a quién correspondería la misma, etc. Véase P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial internacional”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, sexta edición, Madrid, Iustel, 2020, p. 368.

<sup>58</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 161-164; *id.* *Tratado...*, op. cit., pp. 2828-2829 y 2951-2952; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial...”, op. cit., pp. 368-373.

En este asunto, el Tribunal de Justicia considera que los contratos fiduciarios controvertidos tienen por objeto una prestación de servicios en el sentido del artículo 6, apartado cuarto, letra a) del Reglamento Roma I, pues la sociedad TVP ofrece servicios de gestión fiduciaria consistentes en la administración de las participaciones de los inversores, a cambio de una remuneración del 0.3% de la aportación de estos<sup>59</sup>.

**34.** La determinación del lugar de prestación de los servicios, en el sentido del artículo 6.4.a) del Reglamento (en el que se excluye la aplicación del régimen de protección “cuando servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual”)<sup>60</sup>, es una de las aportaciones más relevantes y actuales de este asunto, pues se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre este particular en el ámbito del «comercio electrónico directo»<sup>61</sup>.

Al determinar el lugar en que “deban prestarse” los servicios al consumidor, procede atender, desde un punto de vista fáctico, a la naturaleza de los servicios de que se trate<sup>62</sup>. En opinión del Abogado General, “*si bien una eventual cláusula de designación del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales puede resultar indicativa a este respecto, no es en absoluto determinante. La expresión «deban prestarse» no hace referencia, como sostiene TVP, al lugar en el que deban cumplirse esas obligaciones conforme a lo estipulado en el contrato. Como afirma VKI, en realidad es preciso comprobar si de la propia naturaleza de los servicios pactados resulta que estos solo pueden prestarse fuera del país en que el consumidor tiene su residencia habitual*”<sup>63</sup>.

Lo que se debe comprobar es, por tanto, si de la propia naturaleza de los servicios pactados resulta que estos solo pueden prestarse fuera del país en que el consumidor tiene su residencia habitual, de modo que este deba desplazarse a otro país para «recibir» la totalidad de las prestaciones del contrato, donde se ejecuta íntegramente el mismo<sup>64</sup>. La mera circunstancia de que el profesional haya dirigido su actividad al país de la residencia habitual del consumidor no excluye, en sí mismo,

<sup>59</sup> Apartado 47 de la sentencia: “*En el caso de autos, debe señalarse que, en virtud de un contrato fiduciario como los controvertidos en el litigio principal, la fiduciaria ejerce una actividad consistente en la administración del bien objeto del contrato fiduciario, a cambio de una remuneración. Por consiguiente, debe considerarse que tal contrato tiene por objeto una prestación de servicios en el sentido del artículo 5, apartado 4, letra b), del Convenio de Roma y del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I*”.

<sup>60</sup> En cuanto al objetivo que persigue esta exclusión, el Informe Giuliano-Lagarde (pp. 24 y 25) explicaba que en el supuesto de contratos relativos a prestaciones de servicios que se prestan exclusivamente fuera del Estado de residencia del consumidor, este no puede esperar razonablemente que se aplique la ley de su Estado de origen. En este caso, el contrato presenta vínculos más estrechos con el Estado en que tiene su residencia habitual la otra parte contratante, incluso si esta ha realizado alguno de los actos descritos en el Estado en que tiene su residencia habitual. Además, debe tenerse en cuenta que la exclusión se mantuvo en el Reglamento Roma I porque se temía que la sobreprotección del consumidor tuviera demasiado impacto en las pequeñas y medianas empresas. Criticando esta exclusión, véase P. LAGARDE, “*Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*”, *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 341.

<sup>61</sup> Analizando la importancia que reviste la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de esta exclusión, en relación con el comercio electrónico, destaca P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “*Ámbito de la exclusión...*”, *op. cit.*, pp. 525-526; *id.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “*Contratación comercial...*”, *op. cit.*, p. 389. Este autor señala que esta interpretación es restrictiva, en el sentido en que la exclusión no abarca los contratos de prestación transfronteriza de servicios a distancia en los que el consumidor permanece en el país de su residencia habitual, como es frecuente en el caso de los servicios prestados en línea.

<sup>62</sup> Como expresan algunos autores, el lugar de prestación del servicio es un «dato de hecho», no un «dato jurídico». Véase A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 2829.

<sup>63</sup> Apartado 76 de sus conclusiones. En este contexto, no procede aplicar por analogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al art. 7.1.b) del Reglamento Bruselas I bis, pues atender casi exclusivamente a las estipulaciones del contrato resultaría inapropiado en el marco del art. 6.4.a) del RRI, puesto que el objetivo de protección que persigue aboga a favor de una interpretación que no dependa del modo en que está redactado dicho contrato. El TJUE estima que, incluso si las partes no han pactado en el contrato cuál es el concreto lugar de prestación del servicio, debe tenerse presente el lugar donde el prestador del servicio «ha desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de los servicios en el lugar en cuestión no sea contraria a la voluntad de las partes según resulte de lo acordado entre ellas» (STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Ferho* (C-47/14, EU:C:2015:574), apartado 64).

<sup>64</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 3324.

la aplicación del art. 6.4 del Reglamento Roma I. De lo contrario, esta disposición quedaría privada de todo efecto útil<sup>65</sup>.

Por todo ello se llega a la conclusión de los contratos fiduciarios controvertidos en el litigio principal no están excluidos del ámbito de protección del artículo 6, pues los servicios fiduciarios no se han prestado exclusivamente en un país distinto de aquel en que el consumidor/inversor tiene su residencia habitual (Austria)<sup>66</sup>. Efectivamente, “*el hecho de que las cantidades correspondientes a las participaciones fueran ingresadas por los consumidores austriacos en cuentas fiduciarias en Austria, de que TVP transfiriera a cuentas austriacas los pagos de dividendos y las demás ventajas pecuniarias a las que tienen derecho, de que esta sociedad cumpliera con sus obligaciones de información derivadas del contrato fiduciario enviándoles informes sobre la actividad de los fondos en Austria y de que disponga de un sitio de Internet para esos consumidores, en el que estos pueden consultar información y votar, subraya que esos consumidores reciben el resultado de los servicios prestados por TVP en su país de residencia habitual*”<sup>67</sup>.

### 3. Licitud de las cláusulas de elección de ley insertas en los contratos fiduciarios celebrados con consumidores

**35.** En principio, los contratos de consumo se rigen por la ley del país de la residencia habitual del consumidor (regla general prevista en el artículo 6, apartado primero, del Reglamento). Puesto que en el asunto principal los consumidores residen en Austria, la ley aplicable sería, en principio, el Derecho austriaco. No obstante, ha de recordarse que los contratos fiduciarios controvertidos contienen una cláusula de elección de ley en favor del Derecho alemán (Derecho del domicilio social de TVP)<sup>68</sup>.

**36.** Si bien es cierto que se permite, en principio, a las partes elegir la ley aplicable al contrato, tal posibilidad está condicionada a que dicha elección no acarree para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual<sup>69</sup>. Se refiere a las «normas imperativas», esto es, a aquellas que no son disponibles para las partes contratantes. El TJUE ha indicado, a este respecto, que las disposiciones legales que regulan las cláusulas abusivas y que desarrollan la Directiva 93/13/CEE<sup>70</sup> constituyen normas imperativas cubiertas por el art. 6.2 del Reglamento Roma I.

**37.** Una cláusula de elección de ley aplicable predispuesta por el profesional puede resultar «abusiva» y por tanto nula. La ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual concreta como

<sup>65</sup> Apartado 76 de las conclusiones. Analizando desde una perspectiva crítica si los consumidores pueden suscribir, mediante su adhesión a un contrato, el lugar de prestación de los servicios, véase J.M. DE DIOS MARCER, “Autonomía...*op.cit.*”, pp. 7-10.

<sup>66</sup> Véase D. BUREAU, “L’application...”, *op.cit.*, p. 359. Es muy interesante, a mi parecer, la frase con la que este autor concluye su comentario a esta sentencia: “*L’originalité provient plutôt ici de l’inexprimé: ce n’est en effet qu’en filigrane que se laisse percevoir -assez nettement tout de même- une interprétation purement téléologique, substantiellement orientée vers la protection du consommateur. Une forme de conséquentialisme consumériste, en quelque sorte...*”.

<sup>67</sup> Apartado 81 de las conclusiones. Véase, en este sentido, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 3323-3324.

<sup>68</sup> Analizando la tendencia favorable a la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de la contratación internacional, véanse D. CARRIZO AGUADO, “Observación jurisprudencial...”, *op. cit.*, pp. 769-771; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial...”, *op. cit.*, pp. 359-364.

<sup>69</sup> Los profesionales suelen incluir en los contratos que firman con los consumidores unas cláusulas en cuya virtud se aplica un Derecho estatal concreto, que con frecuencia es el Derecho del país donde está establecida la sociedad. Analizando la necesidad de proteger al consumidor frente a «imposiciones de Ley», véase A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 3330-3332. Examinando el deber de transparencia de las empresas como «criterio directo de abusividad de la cláusula concernida», véase D. CARRIZO AGUADO, “Inmersión del consumidor transfronterizo en la contratación electrónica: una visión desde el derecho privado europeo”, en A. SALINAS DE FRIAS y E.J. MARTÍNEZ PÉREZ (dirs.), A. SÁNCHEZ FRIAS y F. PEÑA DÍAZ (coords.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 163-176.

<sup>70</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE L 1993 80526).

abusiva o no «debe determinarse siempre con arreglo al Reglamento Roma I, esto es, conforme a la Ley del país de domicilio del consumidor (art. 6.2). Si éste reside habitualmente en un Estado miembro de la UE, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas es aplicable. El carácter abusivo de una cláusula sólo puede ser declarado tras un examen caso por caso que tenga en cuenta todas las circunstancias pertinentes, incluida la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato (art. 4.1 Directiva 93/13/CEE).

Siguiendo el pormenorizado estudio realizado por los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, «serán abusivas las cláusulas contractuales cuando: (a) no se hayan negociado individualmente, causando un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes; (b) cuando hayan sido redactadas previamente por el profesional (en particular en el caso de los contratos de adhesión), de modo que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido; (c) no hayan sido redactadas de forma clara y comprensible, informando al consumidor de que son aplicables las normas imperativas del país de su residencia habitual, de conformidad con el art. 6.2 RRI»<sup>71</sup>.

**38.** Por todo ello, el Tribunal de Justicia reproduce en general la respuesta dada en la sentencia Amazon<sup>72</sup>, en la que establece las reglas de juego entre la Directiva 93/13/CEE y el Reglamento Roma I en materia de contratos internacionales de consumo. Afirma, a este respecto, que “es abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de dicha Directiva, una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, e induce a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley de su país de residencia habitual; siendo el órgano jurisdiccional nacional quien debe comprobar estos extremos”<sup>73</sup>.

## V. Conclusiones

**39.** La fiducia inmobiliaria es una operación compleja que se caracteriza por el fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual. Aunque el «contrato de fiducia» (en sentido estricto) se celebra únicamente entre fiduciante y fiduciario, los «entramados fiduciarios de carácter inmobiliario» responden a un marco mucho más amplio, resultando de la combinación de numerosas relaciones jurídicas de distinta naturaleza (contractual, societaria, ...) que presentan un nexo funcional entre sí. La principal cuestión que plantean estos entramados en sede conflictual es, sin lugar a dudas, la determinación de la ley aplicable. En este sentido, se debe descartar una determinación global de la misma, y calificar separadamente cada una de las relaciones jurídicas que integran dicho entramado. Resulta crucial delimitar entre las cuestiones de carácter contractual (que pertenecen al ámbito de aplicación de la *lex contractus* y, por ende, del citado Reglamento Roma I) y las de carácter societario (excluidas del ámbito material de dicho instrumento normativo).

**40.** La exclusión contemplada en el artículo 1.2.f) del Reglamento únicamente se refiere a los «aspectos orgánicos de esas sociedades», esto es, a los «actos pertenecientes al Derecho de sociedades», entendiendo por tales todos los actos necesarios para la constitución de una sociedad o que rigen su vida interna o su disolución. Con otras palabras, se excluyen aquellas cuestiones que queden comprendidas en el ámbito de la *lex societatis*.

Los negocios fiduciarios, particularmente, pueden plantear cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, tales como la condición o no de socios de los fiduciantes, los eventuales derechos y obligaciones que los fiduciantes tienen frente a las sociedades comanditarias, las eventuales obligaciones de los fiduciantes frente a terceros acreedores de la sociedad, así como los estatutos de la sociedad fiduciaria.

<sup>71</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., pp. 3332-3333.

<sup>72</sup> STJUE de 28 julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C2016:612).

<sup>73</sup> C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El consumidor...”, op. cit., pp. 177-180.

**41.** No obstante, la mera circunstancia de que un contrato fiduciario tenga vínculos con cuestiones societarias no tiene por efecto excluir del ámbito material del Reglamento las obligaciones que tienen su origen en dicho contrato.

**42.** Una vez se ha concluido que la ley aplicable a las obligaciones que tienen su origen en contratos fiduciarios se determina de conformidad con las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I, ha resultado necesario responder a la siguiente pregunta: si los contratos fiduciarios que tienen por objeto la administración de participaciones en fondos de inversión inmobiliaria son «contratos de consumo» a los efectos del citado texto. La respuesta será afirmativa siempre que estemos ante un contrato celebrado entre una sociedad fiduciaria (profesional) e inversores (personas físicas) que actúen en calidad de consumidores privados.

**43.** El artículo 6 del Reglamento Roma I excluye expresamente, en su apartado 4, determinados contratos de su ámbito de aplicación. Particularmente, la letra a) establece que las normas de protección en materia de contratos de consumo no se aplicarán a “*los contratos de prestación de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual*”. De un lado, el Tribunal de Justicia considera que los contratos fiduciarios controvertidos tienen por objeto una prestación de servicios, pues la sociedad TVP ofrece servicios de gestión fiduciaria consistentes en la administración de las participaciones de los inversores, a cambio de una remuneración. No obstante, tales servicios no se han prestado, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el consumidor/inversor tiene su residencia habitual (Austria). De ahí que sí resulten de aplicación las reglas de protección de consumidores previstas en dicho precepto.

**44.** En los contratos de consumo, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato. No obstante, dicha elección no puede acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo (“normas imperativas”) en virtud de la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual. Se puede afirmar que la licitud de las cláusulas de elección de ley aplicable insertas en contratos fiduciarios como los controvertidos en el litigio principal, está supeditada a que el contenido de la misma respete la denominada “protección conflictual” prevista en el artículo 6, apartado segundo, del Reglamento, y la protección adicional contemplada en el artículo 3, apartado primero, de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. En esta línea, el Tribunal de Justicia reproduce en general la respuesta dada en la sentencia Amazon, en la que establece las reglas de juego entre la Directiva 93/13/CEE y el Reglamento Roma I en materia de contratos internacionales de consumo. Afirma, en este sentido, que es abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de dicha Directiva, “una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, e induce a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley de su país de residencia habitual.

LOS DIFUSOS CONTORNOS DE LA INMUNIDAD DE  
JURISDICCIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO INDIVIDUAL  
DE TRABAJO (STSJ DE MADRID DE 13 DE JULIO DE 2020)

THE VARIOUS CONTOURS OF THE INMUNITY  
OF JURISDICTION IN THE FIELD OF THE INDIVIDUAL  
EMPLOYMENT CONTRACT (THE DECISION  
OF THE HIGHER COURT OF MADRID OF JULY 13, 2020)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 19.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6296>

**Resumen:** Se analizan los motivos e implicaciones de la sentencia núm. 558/2020, dictada por el Tribunal de Justicia de Madrid el 13 de julio, donde reconoce la inmunidad de jurisdicción de la Embajada de Brasil en Madrid ante un litigio suscitado por la demanda por despido nulo presentada por un trabajador que desempeñaba funciones de auxiliar administrativo. Utilizando como principal fundamentación jurídica la LO 16/2015, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, el tribunal confirma la corrección de la sentencia de instancia al declarar que siendo un litigio que eventualmente puede ocasionar la readmisión del trabajador, incurre en una de las excepciones legales a la limitación de inmunidad, de forma que el Estado de Brasil puede evitar el enjuiciamiento del asunto por los tribunales laborales españoles. Se plantea así la cuestión de delimitar cuáles son los contornos de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo, que a la vista de la actual regulación estatal española, parece más cerca de la inmunidad absoluta que de la restringida.

**Palabras clave:** contrato de trabajo internacional, trabajadores de embajadas, inmunidad de jurisdicción, Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros.

**Abstract:** Analysis of the reasons and implications of judgment nº 558/2020, issued by the Court of Justice of Madrid on July 13, where it recognizes the immunity of jurisdiction of the Embassy of Brazil in Madrid in the event of a dispute arising from the claim for null dismissal filed by a worker who performed the functions of administrative assistant. With the legal basis of LO 16/2015, on privileges and immunities of foreign States, the court confirms the correctness of the judgment of instance by declaring that bien a litigation that may eventually lead to the reinstatement of the worker, it incurs one of the legal exceptions to the limitation of immunity, so that the State of Brazil can avoid the prosecution of the matter by the Spanish labor courts. This raises the question of delimiting what are the contours of immunity from jurisdiction in the area of the individual employment contract. Taking into account the current Spanish regulation, it seems closer to absolute immunity than restricted.

**Keywords:** international employment contract, Embassy workers, immunity from jurisdiction, Organic Law 16/2015, of October 27, on privileges and immunities of foreign states.

**Sumario:** I. De nuevo sobre un trabajador al servicio de una embajada. II. La positivación de la inmunidad de jurisdicción en el ordenamiento español: la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros. III. La considerable amplitud de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción en el marco del contrato individual de trabajo. IV Conclusiones: ¿un cierto retorno a la «inmunidad absoluta»?

## I. De nuevo sobre un trabajador al servicio de una embajada.1

1. La sentencia que traemos a colación confirma la decisión de un juzgado de lo social de Madrid, que declaró la inmunidad de jurisdicción de la Embajada de Brasil en Madrid frente a un procedimiento de despido instado por un trabajador de dicha representación (autos nº 176/19 del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid).

2. En febrero de 2005, el demandante había suscrito un contrato de trabajo de duración determinada eventual por circunstancias de la producción con categoría profesional de auxiliar administrativo, que se transformó en indefinido en febrero del año siguiente. Mediante carta entregada al trabajador el 21 de diciembre de 2018, la Embajada de Brasil en Madrid le comunicó la extinción del contrato de trabajo a partir de esta misma fecha, debido a la necesidad de «reducir una plaza en el sector de prensa y que sería su plaza (...)». Correlativamente, en la misma comunicación se reconocía la improcedencia del despido, con la indemnización regulada en el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y la correspondiente liquidación de haberes.

3. Frente a esta decisión, el trabajador presentó ante el órgano jurisdiccional español demanda pretendiendo la declaración de la nulidad del despido, que desestimó la posibilidad de entrar a conocer del asunto, al acoger la excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por la embajada demandada. En este punto, interesa apuntar que el Ministerio Fiscal se había manifestado en contra, considerando que no cabía apreciar la inmunidad de jurisdicción por tratarse de una acción judicial recaída sobre actos realizados *iure gestionis*, no siendo actos de soberanía realizados *iure imperii*. A mayor abundamiento, subrayaba el Ministerio Fiscal el hecho de que el actor ostentase la categoría de auxiliar administrativo, sin desarrollar funciones que pudiesen afectar a la soberanía estatal.

4. Sin embargo, el juzgado de lo social no compartió dicho criterio, entendiendo que siendo la readmisión del trabajador una consecuencia automática de la declaración de nulidad del despido, dicho efecto quedaba amparado por la inmunidad de jurisdicción, al constituir la excepción recogida en el artículo 10.c) de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (en adelante, LO 16/2015)<sup>1</sup>. En consecuencia, no llega el órgano judicial a enjuiciar el acto extintivo del contrato de trabajo objeto del proceso, interponiendo el demandante recurso de suplicación contra dicho auto ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Como motivos del recurso, tres: infracción de los artículos 6.b) y 10.2, d) de la LO 16/2015, del artículo 63 de la LRJS y del artículo 24 de la Constitución Española, constituyendo el segundo el eje central de nuestro análisis, pues en él radica la esencia de la doctrina aquí abordada.

<sup>1</sup> BOE núm. 258, de 28 octubre 2015. De cara a evidenciar su trascendencia, además de su carácter orgánico, nos parece oportuno subrayar que esta norma tuvo una eficacia inmediata, al no existir una disposición transitoria, desde su entrada en vigor puede ser aplicada incluso a procesos en trámite, siempre que el estado del proceso lo permita (en este sentido, STSJ Madrid núm. 556/2016, de 21 de julio (AS 2016\1433): “(...), pues el Estado extranjero tiene derecho a hacer uso de su inmunidad de jurisdicción desde que la ley está en vigor, al no haberse exceptuado a los procesos que hubieran sido iniciados con anterioridad”.

## II. La positivación de la inmunidad de jurisdicción en el ordenamiento español: la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros

5. Como núcleo central de la presente sentencia encontramos la figura de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, una institución nacida casi a la par que el desarrollo de las relaciones entre Estados, que se sustentaban -y evolucionaban- sobre la máxima «*par in parem, non habet imperium*»: los iguales no tienen jurisdicción uno sobre otro<sup>2</sup>. Sobre esta base teórico-jurídica se va desarrollando a lo largo de los siglos la figura de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados y otras organizaciones internacionales. Resulta imposible siquiera resumir aquí la evolución de esta doctrina, dada la extensión temporal del proceso y los considerables matices y casuística que la impregnan. Por eso, y a efectos de nuestro análisis baste decir que, visto en perspectiva, cabe apreciar un movimiento pendular, que va desde la inicial inmunidad absoluta a los considerables límites y restricciones que desde principios del siglo XX comienzan a acotar su ejercicio, hasta llegar a la inmunidad actual, considerablemente más restringida. En el eje de esta evolución, la distinción entre actos *iure imperii/iure gestionis*, que durante mucho tiempo constituyó la herramienta teórica básica para modular la inmunidad, pese a sus inherentes carencias y limitaciones<sup>3</sup>. Y ello, porque una vez que se acepta la posibilidad de demandar a los Estados surge el problema de cómo determinar si una determinada actividad escapa o no a la inmunidad de jurisdicción<sup>4</sup>.

6. Actualmente, el artículo 1 de la LO 16/2015 define la inmunidad de jurisdicción como la “*prerrogativa atribuida a un Estado, organización o persona de no ser demandado ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales de otro Estado*”. Siendo su objeto principal la regulación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros en España (Título I), La Ley se alinea con la tesis iusinternacionalista mayoritaria, que considera que la inmunidad de los Estados extranjeros no debe tener carácter absoluto, sino que ha de ser limitada o restringida<sup>5</sup>. Tales limitaciones se sustentan sobre la distinción ya apuntada, entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, pero en lugar de acudir al sistema tradicional de delimitación judicial y caso por caso, la norma utiliza un sistema de lista, calificando de forma objetiva aquellos actos que pueden beneficiarse -o no- de la inmunidad.

7. De esta forma, el mecanismo esencial de la Ley consiste en elaborar un catálogo de excepciones a la falta de inmunidad de los Estados, permitiendo que aleguen tal privilegio en los supuestos taxativamente recogidos por la propia la norma. En consecuencia, como subraya C. GUTIÉRREZ ESPADA, la LO 16/2015 opta, por una parte, por la tesis de la inmunidad de jurisdicción relativa o restringida de los Estados extranjeros ante los jueces nacionales; y por otra, a fin de precisar cuándo un Estado extranjero tiene inmunidad de jurisdicción y cuándo no la tiene, recurre a lo que el autor denomina «sistema de lista»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Como explican A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA, “*aunque existen precedentes anteriores, esta doctrina presenta una raíz cristiana: «toda autoridad viene de Dios» (Jn 19,11 y Rom. 13,1). Por ello, la autoridad no puede ser juzgada por ningún tribunal*” (Tratado de Derecho Internacional Privado, T. 1, Tirant Lo Blanch, 2020. p. 324). Con esta raíz, la institución comienza su desarrollo jurídico, marcado por siglos de evolución y de concepciones de la propia figura, concienzudamente reflejada por los referidos autores.

<sup>3</sup> En efecto, basada en dos criterios simultáneos (la finalidad del acto y la naturaleza del acto), esta distinción ha generado no pocas dudas y críticas sobre su eficacia real. Y es que, como indica A.L. CALVO CARAVACA, “*El criterio es confuso y poco operativo, porque, en definitiva, toda actividad desarrollada por el Estado persigue una «finalidad pública»...*” (“Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, en N. Witzleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt y O. Remien (coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 639-661, p. 648).

<sup>4</sup> 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 5-33, p. 9.

<sup>5</sup> D. GONZÁLEZ HERRERA, “¿Nadie tiene jurisdicción sobre su igual? Implicaciones de la ley española sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales, las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp. 293-295, p. 294.

<sup>6</sup> “Sobre la inmunidad de jurisdicción...”, ob. cit., p. 19. Una técnica ya conocida por legisladores estatales e internacionales, conscientes de las carencias del sistema basado en la distinción de los actos estatales función de la concurrencia o no de *imperium* en la actividad estatal (J.A. PEREA UNCETA, “La inmunidad de jurisdicción de los estados: un nuevo caso en la jurisprudencia alemana y comunitaria (asunto Ahmed Mahamdia contra República Argelina)”, *Diario La Ley*, Nº 7955, Sección Tribuna, 31 Octubre 2012, pp. 1-11, p. 3).

8. La LO 16/2015 fue una norma aprobada con un significativo consenso parlamentario (205 votos a favor, 1 en contra y 11 abstenciones), que prácticamente todos los operadores jurídicos consideraron tan oportuna como necesaria, pese a no responder a una exigencia legal internacional<sup>7</sup>. Su principal bondad radica en que viene a superar el régimen eminentemente consuetudinario que venía regulando la figura de la inmunidad en España y la mayor parte de los Estados, siendo en nuestro país un sistema legal caracterizado por la pobreza normativa: así, las escasas menciones contenidas en los artículos 21 y 23 LOPJ y 36 LEC, se limitaban a realizar una remisión genérica al Derecho internacional.

9. Como explica J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “*el problema fundamental radicaba en que ese ordenamiento iusinternacional al que remitían las leyes internas no ofrecía una respuesta suficientemente satisfactoria*”<sup>8</sup>. Explica el autor los diversos factores que lo ocasionaban, destacando los fracasados intentos de regular la materia con carácter universal mediante un tratado internacional, dada su insuficiencia material y su constantemente aplazada entrada en vigor, siendo tan obligado como oportuno citar aquí como ejemplo emblemático, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, 2 de diciembre de 2004<sup>9</sup>. Como factor causante del problema cita igualmente el autor el hecho de que la normativa consuetudinaria existente resultaba difusa y de difícil concreción, y a todas luces escasa para cubrir la totalidad de la materia. Con la vocación de paliar tales carencias nace en España la LO 16/2015, que en la línea con la Convención de 2004, se sustenta sobre la norma general de reconocer a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes ante los tribunales de otros Estados, estableciendo diversas excepciones a esta regla, entre las que incluye la renuncia.

10. Entrando ya en la estructura de la Ley, sus artículos 9 a 16 establecen «excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero»: ocho artículos, ocho grupos de excepciones. Conforme a ellas, el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles en relación con procesos relativos a transacciones mercantiles (art. 9), procesos relativos a los contratos de trabajo (art. 10), a la indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (art. 11), a la determinación de derechos y obligaciones respecto de bienes (art. 12), a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 13), a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (art. 14), a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por él (art. 15), y a los efectos de un convenio arbitral (art. 16). Ocho grupos de excepciones que reproducen, con el mismo contenido y en idéntico orden, los consagrados por la Convención de Naciones Unidas de 2005.

---

<sup>7</sup> Vid. en este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de mayo de 2015, el Informe del Consejo Fiscal de 20 de mayo de 2015, y el Dictamen 693/2015 del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015 (textos recopilados en la obra colectiva *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, J. Martín y Pérez de Nanclares (dir.), Cuadernos de la Escuela Diplomática, número 55, 2016). Algunos años antes, el propio Tribunal Constitucional había apelado a la positivación del régimen de las inmunidades estatales (STC 107/1992, de 1 de julio), como recoge la propia Exposición de Motivos de la LO 16/2015: “*el legislador ha recibido una abierta recomendación del propio Tribunal Constitucional para que regule el régimen de las inmunidades de los Estados extranjeros en España en aras a garantizar una mayor certeza en el ámbito jurisdiccional interno sobre la base de una doctrina restringida de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución*”.

<sup>8</sup> “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades...*, ob. cit., p. 16.

<sup>9</sup> B.O.C.G., serie A., Núm. 396, 18 febrero 2011. Aprobada por consenso por Resolución 59/38 de la Asamblea General, su entrada en vigor requiere la adhesión de treinta Estados, habiéndose recabado veintidós a la fecha de estas líneas. No obstante lo cual, y como señala J. FERRER LLORET: “*aunque la Convención de 2004 no ha entrado en vigor, el TEDH sostiene que en virtud de las interacciones normativas propias de los procesos de formación de normas internacionales, sus disposiciones (...) son expresión del DI consuetudinario en vigor*” (“La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 73-84, p. 74).

### III. La considerable amplitud de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción en el marco del contrato individual de trabajo

11. Dentro de marco general anteriormente descrito hay que centrar la cuestión nuclear que ocupa la presente decisión judicial, cuyo eje jurídico gira en torno al alcance real de la «excepción de la excepción» recogida en el artículo 10.2 LO 16/2015. Como ya se ha indicado, el actor fundamentó principalmente su recurso en la infracción de los artículos 6.b) y 10.2 de la Ley Orgánica 16/2015.

12. El primero de ellos recoge una excepción a la inmunidad de jurisdicción, estableciendo que no podrá alegarse cuando “*el Estado extranjero haya intervenido en el proceso o haya realizado cualquier acto en relación con el fondo*” (art. 6.b). Es lo que el precepto considera un «consentimiento tácito», que impide al Estado extranjero hacer valer la inmunidad cuando haya realizado determinados actos, entre los que se encuentra el transcrito. En su recurso, sostenía el trabajador que el hecho de que la representante de la Embajada de Brasil hubiera comparecido en el acto de conciliación previo, donde manifestó que se oponía a la reclamación por las razones que se alegarían en momento procesal oportuno. A juicio del recurrente, dicha comparecencia y manifestación constituían el supuesto de intervención en el proceso y realización de actos respecto al fondo del asunto que prevé el citado artículo 6.b).

13. Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechaza correctamente esta alegación, pues en modo alguno cabe entender que la comparecencia en un acto previo de conciliación administrativa supone la intervención en el proceso, ni la alegación sobre futuras manifestaciones en contra de lo reclamado puede ser considerada un acto relacionado con el fondo del asunto (la nulidad del despido): “*el proceso se inicia con la demanda y la comparecencia a un acto promovido precisamente por el actor mediante la denominada papeleta de demanda formulada ante el SMAC, en nada evidencia que se dé consentimiento tácito a que no entre en juego la inmunidad de jurisdicción. Y al decirse en el acto de conciliación que en su momento se aducirán las razones de la oposición a la reclamación, lo que este aserto revela es que en el proceso se alegará la inmunidad de jurisdicción como motivo de oposición a la demanda*”.

14. Sentado lo cual, resta por examinar el eje central de la presente sentencia: el alcance de la excepción a las restricciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, cuestión que subyace tras la alegada vulneración del artículo 10.2 de la Ley Orgánica 16/2015. El artículo 10 que, salvo algunas diferencias de redacción no relevantes, reproduce el art. 11 de la citada Convención de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, presenta el siguiente tener literal:

*“Artículo 10. Procesos relativos a contratos de trabajo.*

1. *Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España.*
2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos:*
  - a) *Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público;*
  - b) *Cuando el empleado sea:*
    - i) *Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961;*
    - ii) *Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o*
    - iii) *Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organiza-*

*ción internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional.*

- c) *Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;*
- d) *Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;*
- e) *Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o*
- f) *Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador”.*

15. De esta forma, el apartado 2 del precepto consagra un amplísimo catálogo de excepciones, que permiten al Estado empleador acogerse a su inmunidad de jurisdicción y evitar la acción de los tribunales españoles del orden social. Un sistema que reproduce, como hemos dicho, el de la Convención de Naciones Unidas (2004), pero que no deja de sorprender desde la perspectiva del objetivo proclamado por la LO 16/2015 en su Exposición de Motivos: reducir “*al mínimo imprescindible [el] efecto que dichas inmunidades tiene respecto al derecho al acceso efectivo a la justicia*”. Desde este punto de vista, la simple lectura del artículo 10.2 permite dibujar un ámbito de operatividad de la inmunidad en materia laboral notablemente extenso, que abarca la mayoría de los procedimientos relativos al contrato individual de trabajo, y sin duda los más relevantes.

16. Entre ellos, el que nos ocupa: “*c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador*”. En el presente caso, al ser la pretensión del actor la nulidad del despido, su eventual reconocimiento hubiera llevado aparejada la readmisión del trabajador, conforme al artículo 55.6 ET. De esta forma, el litigio entra de lleno en la excepción contenida en el precepto transcrito, permitiendo al Estado de Brasil activar la inmunidad de jurisdicción para evitar ser sometido a la fiscalización del órgano judicial español. En palabras del Tribunal Superior: “*(...) resulta evidente que siendo lo pretendido la readmisión del trabajador como petición principal e imperativa para la Embajada, concurre la excepción contemplada en el apartado c) del artículo 10, pues el proceso tiene por objeto la readmisión del trabajador en su anterior puesto de trabajo, siendo tal readmisión una consecuencia automática de la nulidad del despido*”.

17. Desde la perspectiva de la LO 16/2015, esta conclusión resulta correcta y coherente con el espíritu y la intención de la norma, que pretende otorgar a los Estados extranjeros ciertos ámbitos «blindados» a la acción de los tribunales de justicia mediante la objetivación de los supuestos cubiertos por la inmunidad. Con independencia de lo cual, no deja de ser llamativo que la excepción recogida en el apartado c) del artículo 10.2 presenta tal extensión que prácticamente abarca la mayor parte de los litigios laborales, lo que viene a consagrar una exclusión *de facto* del contrato individual de trabajo del ámbito de la inmunidad de jurisdicción.

18. Esta postura de la Ley española -y de la Convención de Naciones Unidas – contrasta con la tendencia mostrada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto a esta cuestión. Como ya tuvimos ocasión de señalar<sup>10</sup>, la postura del TJUE sobre la posibilidad de alegar la inmunidad de jurisdicción en litigios laborales incluidos en el ámbito de aplicación material de los reglamentos comunitarios sobre competencia judicial (Reglamento nº 44/2001 y Reglamento nº 1215/2012), se ha venido mostrando en consonancia con la interpretación judicial hoy mayoritaria, que ha desposeído a esta figura del carácter absoluto que tuvo en otro tiempo<sup>26</sup>. Y ello, sobre la base de la ya mencionada

<sup>10</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c. República de Argelia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2013, Vol. 5, Nº 1, pp. 254-272.

distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, defendiendo la exclusión de los actos realizados en ejercicio del poder público del sistema normativo de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional<sup>11</sup>.

19. Ya en el concreto ámbito del contrato individual de trabajo, esta interpretación restrictiva del alcance de la inmunidad de jurisdicción por parte de la jurisprudencia del TJUE se ha acuñado con notable frecuencia en el marco de litigios suscitados entre embajadas y sus trabajadores. De tales pronunciamientos se desprende con nitidez el compromiso del TJUE con la protección del trabajador, adoptando un posicionamiento *pro operario* que le lleva, incluso, a calificar a las embajadas empleadoras de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento», activando con ello el foro del artículo 20.2 del Reglamento 1215/2012 para declarar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

20. Correlativamente, el Tribunal de Justicia atiende a la naturaleza y carácter de las funciones desarrolladas por los empleados de las embajadas para establecer una sustancial distinción de cara a la posibilidad de éstas de acogerse o no a la inmunidad de jurisdicción. En esencia, esta jurisprudencia determina parte de la constatación de que siendo así que las funciones de una embajada consisten esencialmente en representar al Estado acreditante, proteger sus intereses y fomentar las relaciones con el Estado receptor, tal como establece el artículo 3 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961<sup>12</sup>. Sobre esta premisa, establece que, al ejercer dichas funciones, y al igual que ocurre con cualquier otro sujeto de Derecho público, las embajadas pueden actuar *iure gestionis* y ser titulares de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado, lo que ocurre cuando celebran contratos individuales de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público<sup>13</sup>. De este modo, la clave se traslada al análisis y delimitación de las funciones que realicen las personas contratadas por las embajadas, una reflexión que dejamos aquí apuntada para retomarla más adelante, a la luz de la regulación contenida en la LO 16/2015.

21. Esta tendencia interpretativa de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo ha encontrado eco en numerosos países, entre ellos España, donde lejos de las contradicciones y vaivenes mostrados en otros aspectos<sup>14</sup>, durante largo tiempo la jurisdicción laboral vino manifestándose unánimemente a favor de la calificación de persona de Derecho privado respecto de las embajadas que actuaban como empleadoras.

<sup>11</sup> SSTJCE de 14 octubre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG*, 29/76, *Rec.* p. 1541, apartado 4; de 16 diciembre 1980, *Rüffer*, 814/79, *Rec.* p. 1263, apartado 8; de 21 abril 1994, *Sonntag*, 172/91, *Rec.* p. 1963, apartado 20; de 1 octubre 2002, *Henkel*, 167/00, *Rec.* p. 811, apartado 26; de 14 noviembre 2002, *Baten*, 271/00, *Rec.* p. 10489, apartado 30; de 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, 266/01, *Rec.* p. 4867, apartado 22; y STJUE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, 292/2005, *Rec.* p. 1519, apartado 34. Lo que excluye, en consecuencia, los litigios donde el demandado actúa sobre una pretensión sustentada en un acto de poder público: STJCE 16 diciembre 1980, *Rüffer*, cit., apartados 13 y 15: “el hecho de que el demandado actúe sobre la base de una pretensión que se basa en un acto de poder público basta para que su acción, con independencia de la naturaleza del procedimiento de que disponga al efecto con arreglo al Derecho nacional, se considere excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas”. Esta interpretación es ratificada en la STJCE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, cit., apartado 41: “el hecho de que el recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente aparezca revestido de carácter civil en la medida en que su objetivo es obtener la reparación económica de los daños materiales y morales causados a los recurrentes en el litigio principal carece de toda pertinencia”.

<sup>12</sup> BOE núm. 21, de 24 enero 1968.

<sup>13</sup> Apartado 49 STJUE 19-07-2012, C-154/2011.

<sup>14</sup> *Vid.* al respecto la insólita -y censurada- STC 140/1995, de 28 de septiembre, que rompió la doctrina mantenida hasta entonces por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y mayoritariamente seguida por la jurisprudencia menor, que entendían restrictivamente de la inmunidad de jurisdicción y ejecución (SSTC 107/1992, de 1 de julio; 292/1994, de 27 de octubre; SSTC de 10 febrero 1986 y 1 diciembre 1986). Una fundamentada crítica de esta decisión puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que la califican de “*paso atrás*” en la jurisprudencia española en la materia y señalan que “*la brecha abierta por esa escasamente acertada sentencia no ha sido seguida, afortunadamente, por la jurisprudencia posterior*” (*Tratado de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 334).

22. En este sentido, procede recordar las pioneras decisiones del Tribunal Supremo, sentencias de 1 de diciembre de 1986<sup>15</sup> y 10 de febrero de 1986<sup>16</sup>, que abrazaron firmemente la tesis de la inmunidad restringida. La segunda resolvió su supuesto similar al que nos ocupa, admitiendo un recurso de casación por infracción de ley contra una sentencia que había admitido la inmunidad de jurisdicción de la Embajada de Guinea Ecuatorial en España en un litigio ocasionado por el despido de un trabajador contratado por aquella para ejercer labores de chófer. Abandonando definitivamente la tesis de la inmunidad restringida por considerarla una doctrina consuetudinaria ya caída en desuso, el TS afirmó que ésta era también la opción del legislador español, según se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1654/80, de 11 de julio, sobre Servicio Contencioso del Estado en el Extranjero (derogado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado): “*la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final (...) Hoy en día la mayor parte, sino la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción*”. Tales decisiones marcaron un cambio del rumbo jurisprudencial en esta materia, derogando una interpretación anterior, que permitía acoger la inmunidad de jurisdicción de las embajadas en los litigios relativos a trabajadores a su servicio<sup>17</sup>.

23. Durante un tiempo, esta doctrina restrictiva de la inmunidad de jurisdicción sería seguida mayoritariamente por los tribunales españoles, extendiéndose incluso a la inmunidad de ejecución de los bienes de las embajadas, cuyas cuentas corrientes no quedaban amparadas de forma absoluta frente a los embargos derivados de indemnizaciones por despido de trabajadores<sup>18</sup>. En coherencia con lo cual, esta concepción limitativa se extendía a la inmunidad alegada por organizaciones internacionales, que no Estados, con las mismas restricciones y exigencias que las aplicadas a éstos<sup>19</sup>.

24. La sentencia que aquí analizamos constituye en cierto modo un nuevo giro jurisprudencial, toda vez que estima la excepción de inmunidad de jurisdicción en un procedimiento laboral iniciado como consecuencia del despido de un trabajador al servicio de una embajada extranjera en España. Sin embargo, no cabe afirmar que estemos ante un verdadero cambio de rumbo respecto de la doctrina anterior, toda vez que en el presente caso, el pronunciamiento del Tribunal se justifica en un dato esencial: el hecho de que el proceso tenga por objeto la readmisión del trabajador contratado por la Embajada de Brasil, como consecuencia de la nulidad de su despido. Y ello, como hemos visto, sobre la base jurídica que proporciona el artículo 10.2.c) LO 16/2015.

25. Desde esta perspectiva, resulta ilustrativo detenernos en la siguiente excepción prevista por la norma, contenida en su apartado d), que -como en el caso anterior- permite al Estado extranjero hacer valer su inmunidad de jurisdicción en los procesos relativos a contrato de trabajo cuando, teniendo el litigio por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato, “*una autoridad competente del*

<sup>15</sup> RJ 1986\7231.

<sup>16</sup> RJ 1986\727.

<sup>17</sup> Cfr. STS de 8 noviembre 1979 (RJ 1979\3975), que acogió la inmunidad de jurisdicción alegada por la Embajada de Kuwait en un litigio por despido de una trabajadora contratada para desempeñar funciones de secretaria.

<sup>18</sup> STSJ Madrid núm. 432/2020, de 16 junio (AS\2021\77): “*(...) es lo cierto que no pueden embargarse las devoluciones correspondientes al IVA, ni tampoco las subvenciones o donaciones que el Estado Español pueda efectuar al del Nicaragua, pero, conforme a la normativa transcrita y a la doctrina constitucional si pueden embargarse las cuentas bancarias de la Embajada que no estén utilizados o destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática (...)*”.

<sup>19</sup> *Vid.*, como ejemplo, la STS de 14 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:936), que rechaza la invocación de la inmunidad de jurisdicción realizada por la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), en el marco de una reclamación sobre extinción del contrato de trabajo. El motivo, considerar que se trataba de una controversia particular entre una empleada de nacionalidad española y una organización internacional sin que la prestación de servicio entrañase el ejercicio de los poderes públicos que a dicha entidad le corresponden, ni se tratase tampoco de un funcionario o agente diplomático, siendo en todo caso a la empleadora a la que corresponde acreditar que la trabajadora realizaba funciones de dicha naturaleza.

Sobre una organización internacional en reclamación sobre extinción del contrato de trabajo (ratifica la STSJ Madrid de 4 noviembre 2016, recurso 661/2016).

*Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad*". Con esta previsión, el precepto exige aquí un plus de justificación o fundamentación de la excepción alegada, cual es la puesta en peligro de la seguridad de la embajada<sup>20</sup>. En consecuencia, en los procesos por despido o rescisión del contrato de trabajo, la clave se traslada a la actividad probatoria del empleador, que debe acreditar la concurrencia de dicha lesividad.

**26.** En el caso de la excepción del artículo 10.2.d) no estamos, como en el anterior -artículo 10.2.c)-, ante un supuesto objetivo, donde basta la concurrencia de los elementos objetivos (procesos sobre contratación, renovación del contrato o readmisión del trabajador) para abrir la puerta a la prerrogativa que permite a los Estados esquivar la acción de los tribunales ordinarios. Mientras el apartado c) objetiviza la excepción, el apartado d) le exige una justificación para operar, lo que a su vez traslada la carga de la prueba a la embajada contratante.

**27.** Desde este punto de vista, los tribunales españoles se inclinan por una interpretación coherente con la trayectoria jurisprudencial de nuestro país en este ámbito: considerar que la alegación relativa a que *"menoscaba sus intereses de seguridad"* que se contiene en el artículo 10.2.d) LO 16/2015 *"debe ser entendida como una excepción a la norma general que se contiene en el ordinal que le antecede, y que debe ser interpretada en sus estrictos términos"*. Así lo declara la STSJ Madrid de 12 febrero 2020<sup>21</sup>, dictada en un procedimiento por despido de una trabajadora contratada por la Embajada de Turquía para realizar tareas de limpiadora. La empleadora alegó la concurrencia de menoscabo para la seguridad del Estado turco sobre la base de que la libertad de movimiento de la trabajadora por las dependencias de la Embajada le permitía acceder a información relevante y confidencial respecto de las actividades de la autoridad competente de Turquía. Consideraba la embajada que el desarrollo de un procedimiento judicial por despido en España podía acrecentar y agravar dicho perjuicio, invocando su inmunidad de jurisdicción para evitarlo.

**28.** Así fundamentada, esta alegación fue rechazada por el Tribunal, que declaró no entender *"como un procedimiento laboral ante los órganos sociales de la jurisdicción española puede menoscabar los "intereses de seguridad" del Estado Turco en su condición de empleador, máxime si se tiene en cuenta que la referencia ha de venir establecida "a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares", como ya se ha dicho, de modo que habríamos de entender que la inmunidad pretendida por la Embajada de Turquía implicaría una extralimitación en relación a la causa que justificaría dicha inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles"*.

**29.** Por el contrario, la STSJ Madrid núm. 556/2016, de 21 de julio, sí apreció la concurrencia de justificación para activar la inmunidad de jurisdicción frente a un procedimiento por instado por una trabajadora empleada por la Embajada de Lituania en Madrid con cargo de administrativa, ante la no renovación de su contrato tras ocho años a su servicio. En esta ocasión, tanto la sentencia de instancia como la dictada en suplicación consideraron que procedía declarar la reclamada inmunidad de jurisdicción de la embajada *"en aplicación del apartado 2.c) o en su defecto el 2.d)"* del artículo 10 LO 16/2015. En puridad, al tratarse de un proceso cuyo objeto era la renovación del contrato de trabajo, el precepto aplicable era el primero de ellos, que como hemos visto no requiere de justificación ni circunstancia añadida alguna para conceder al Estado la inmunidad de jurisdicción más allá del encaje del caso en el supuesto de hecho de la norma *"Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador"*).

<sup>20</sup> De nuevo, la redacción de este precepto es tributaria de la contenida en la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 (art. 11), cuyo anexo recoge el significado de determinadas disposiciones, estableciendo que la referencia del artículo 11.2.d) a los *"intereses de seguridad"* del Estado empleador es, ante todo, *"una referencia a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares"*.

<sup>21</sup> ECLI:ES:TSJM:2020:776.

**30.** No obstante, al ser la acción ejercitada la de despido, opta el Tribunal por valorar también la concurrencia de los requisitos exigidos por el apartado d) del artículo 10.2, estimándola en sentido positivo: de una parte, porque una autoridad competente del Estado extranjero comunica que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad, “*pues como se afirma en la sentencia del Juzgado, basta la comunicación sin que sea necesaria prueba alguna*”; de otra, porque la embajada declarada que la demandante tenía autorización para acceder a la información clasificada como confidencial y disponía de información importante sobre las actividades generales de la Representación y sus tareas y proyectos específicos, entre otros extremos. Para el Tribunal, “*ello es suficiente para considerar que concurre el supuesto del art. 2.d) sin que ello suponga una interpretación extensiva como afirma la recurrente, pues es razonable imponer al trabajador que se halla en la situación descrita que litigue contra su país ante sus propios órganos jurisdiccionales, evitando así cualquier posibilidad de difusión de tales datos en un Estado extranjero, lo que podría suceder a través de la prueba documental o de interrogatorio*”.

**31.** A la vista de esta regulación del artículo 10.2 LO 16/2015, del juego de los apartados c) y d) podemos extraer la conclusión de que en cierto modo «blinda» la potestad empleadora de las personas de derecho público. En el caso de las embajadas, estas disposiciones legales constituyen además un notable freno a la doctrina judicial que venía limitando dicha potestad de forma tan imparable como implacable, sobre la base del examen casuístico del concreto contrato individual de trabajo afectado, en una permanente actualización de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Esta distinción -invocada por el Ministerio Fiscal en el presente caso- pierde en gran medida su carácter necesario por efecto de la regulación contenida en la LO 16/2015, cuya lista de procesos incluidos y excluidos de la inmunidad de jurisdicción simplifica notablemente el anterior proceso interpretativo, pero no necesariamente en aras de una más correcta comprensión y aplicación de la institución de la inmunidad estatal.

#### **IV. Conclusiones: ¿un cierto retorno a la «inmunidad absoluta»?**

**32.** Actualmente, cabe afirmar que existe consenso en considerar que la tendencia hacia una inmunidad más restrictiva “*resulta lógica a la par que necesaria*” dado el considerable incremento de la actividad estatal en ámbitos antes reservados únicamente a actuaciones privadas<sup>22</sup>. A la vista de lo cual, no sería justo -ni estaría justificado- que dichos actores de las relaciones privados no pudieran ser demandados ante los tribunales, pues situaría a sus co-contratantes particulares en una “*clara situación de desigualdad*”<sup>23</sup>. En cierto modo, la LO 16/2015 está inspirada por dicha situación, de forma que al intentar clarificar -y limitar- las situaciones en que puedan hacer uso de su inmunidad los Estados y demás personas de derecho público, otorga una mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las personas privadas que con ellas (con)tratan.

**33.** Sin embargo, la efectiva aplicación de esta norma por los tribunales del orden social permite dudar de que este objetivo esté siendo alcanzado. Limitándonos únicamente a los dos preceptos abordados (apartados c) y d) del artículo 10.2 LO 16/2015, podemos apreciar que su conjunción otorga a los Estados un amplísimo amparo en materia laboral, permitiendo que los procesos más relevantes relativos al contrato individual de trabajo puedan quedar vedados a la acción de la jurisdicción laboral. En un caso (apartado c), sin necesidad de justificación o requisito ulterior, más allá de la circunstancia objetiva de tratarse de un proceso de los enumerados por la norma. En otro (apartado d) cuando concurren dos requisitos, siendo el primero de ellos consustancial al supuesto de hecho (que sea la autoridad pública la que comunique el menoscabo de sus intereses de seguridad) y el otro, incierto y de compleja valoración, como todo concepto jurídico indeterminado (la efectiva producción de dicho daño o perjuicio), que puede derivar en las ya vistas decisiones judiciales dispares.

<sup>22</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Sobre la inmunidad de jurisdicción...”, ob. cit., p. 9.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

34. Lo que, *a sensu contrario*, restringe el ámbito de acción judicial en materia de contratos individuales a los procesos ocasionados por las modificaciones de las condiciones laborales y por el despido del trabajador<sup>24</sup>, siempre que no concurren las dos circunstancias apuntadas: manifestación de una autoridad pública y menoscabo de los intereses de seguridad. Tal fue el supuesto que resolvió la STS núm. 456/2021, de 29 de abril<sup>25</sup>, que declaró la competencia de la jurisdicción española para conocer del proceso laboral de despido, iniciado por un ciudadano español contratado en España para prestar servicios de administrativo en la Embajada de Indonesia en Madrid. En esta ocasión, el Tribunal Supremo coincidió con el pronunciamiento dictado por el Juzgado de lo Social, que había desestimado la excepción de inmunidad de jurisdicción, lo que fue anulado por el TSJ Madrid, que sí consideró procedente estimarla. Sin embargo, el Tribunal Supremo vuelve al parecer judicial inicial, aplicando la doctrina recogida en la sentencia dictada por el TJUE el 19 de julio de 2012, C-154/2011, Ahmed Mahamdia c. República Democrática y Popular<sup>26</sup>.

35. Esta doctrina determina que corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto determinar la naturaleza exacta de las funciones ejercidas por el trabajador. Conforme a ello, estima el Tribunal Supremo que resulta evidente la competencia de la jurisdicción española para conocer de la acción de despido, “*toda vez que una actividad administrativa de un trabajador (que en el caso, cobraba 900 euros mensuales), está totalmente alejada de funciones ius imperii*”. Se vuelve aquí a la tradicional clasificación de los actos realizados por los Estados, que el TS examina si puede ser desplazada por la previsión contenida en el artículo 10.2.d) LO 16/2015.

36. Esta cuestión es enjuiciada conforme al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de marzo de 2012, *Cudak v. Lituania*<sup>27</sup>, que sobre el precepto equivalente contenido en la Convención de Naciones Unidas (art. 11.2.d), interpreta que no basta con la mera alegación de que se tuvo acceso a información o documentos, para cumplir lo dispuesto en el art. 11.2.d de la Convención, “*sino que es exigible la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan inferir la concurrencia de riesgos de seguridad por la celebración del proceso*”. En aplicación de esta doctrina, considera el TS que, dado el carácter excepcional de la previsión del artículo 10.2.d), su aplicación requiere una justificación razonable del modo en que el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad de un Estado, sin que basten sus meras alegaciones en tal sentido.

37. Desde el punto de vista de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados y otras organizaciones internacionales, resulta incuestionable la necesidad de establecer excepciones a las limitaciones de dicha prerrogativa<sup>28</sup>, otorgando a los Estados una libertad de actuación y decisión no sometida a la acción de los tribunales de justicia<sup>29</sup>. Sin embargo, en el concreto ámbito que aquí tratamos, parece cuanto menos discutible la justificación de hurtar a tal acción judicial prácticamente todas las vertientes y aspectos de la relación individual de trabajo. Acaso por un efecto perverso de la LO 16/2015, que de

<sup>24</sup> Sobre la corrección de esta consideración, desde un prisma constitucional, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Inmunidad y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.147/2010.

<sup>25</sup> ECLI:ES:TS: 2021:1996.

<sup>26</sup> Esta sentencia resolvió una cuestión prejudicial, referida al despido de un chófer de la Embajada Argelina en Alemania, concluyendo el Tribunal la exclusión de las actividades del trabajador del ámbito de las funciones soberanas del Estado de Argelia, con la consiguiente declaración de su sometimiento a la jurisdicción alemana.

<sup>27</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cudak v. Lithuania*, demanda núm. 15869/02 (Gran Sala, 23 de marzo de 2010).

<sup>28</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* los ilustrativos ejemplos ofrecidos por J. FERRER LORET, “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 73-84.

<sup>29</sup> STS núm. 339/2018, de 22 de marzo (RJ 2018\1634), que reitera la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se afirma que la inmunidad de los Estados extranjeros no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE, “*en la medida en que ésta se ajuste a lo dispuesto en el art. 21.2 LOPJ, esto es, siempre que la inmunidad pretendida no implique una extralimitación en relación a la causa que justificaba dicha inmunidad (SSTC 107/1992, RTC 1992\107; 292/1994, RTC 1994\292; y 18/1997, RTC 1997\18)*”.

partida pretende lo contrario, el juego de sus normas en materia laboral permite en la práctica consagrar una suerte de «inmunidad absoluta», especialmente en los procesos relativos a contratación, renovación del contrato o readmisión del trabajador: en ellos la inmunidad puede ser activada por la mera concurrencia de la acción del trabajador, sin necesidad de que concurra una justificación reforzada -o específica- para dicha inmunidad. De ahí la trascendencia de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2021, que a nuestro juicio encamina la aplicación de esta normativa por la senda correcta conforme a la verdadera esencia y justificación de la inmunidad de jurisdicción.

**38.** En el ámbito laboral, el argumento que *a priori* sustenta esta excepción a la inmunidad de jurisdicción estatal restringida -hurtando así del conocimiento de los tribunales nacionales el contrato de trabajo- lo encontramos en el artículo 7 de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas (1961), que concede al Estado acreditante tiene la potestad de nombrar libremente al personal de su Misión<sup>30</sup>. La razón fundamental es que cualquier miembro de la Misión puede ser declarado persona *non grata* o no ser aceptado antes de su entrada en el Estado receptor. Esta potestad se refleja con especial intensidad en el artículo 10.2.c) LO 16/2015, que viene “*a confirmar el principio de inmunidad en el ejercicio del poder discrecional de nombramiento o no nombramiento de una persona a cualquier puesto oficial o empleo*”<sup>31</sup>.

**39.** Sin embargo, llevada al extremo, esta consideración implica desposeer al contrato laboral de su naturaleza de contrato de derecho privado, susceptible de conocimiento por los tribunales nacionales. La consecuencia inmediata es facultar a los Estados para nombrar a su personal en el extranjero y fijar sus condiciones laborales sin supervisión judicial alguna, y esta ausencia de control resulta especialmente llamativa cuando estamos ante procesos laborales instados por trabajadores que no desarrollan labores directa o colateralmente relacionadas con las funciones diplomáticas, sino que ejecutan lo que constituyen labores de gestión por antonomasia: secretaría, limpieza, transporte, mantenimiento etc. Cuesta detectar en el desarrollo de tales funciones una afectación de los «intereses de seguridad» de las embajadas que pueda justificar la proscripción de someter la relación laboral de estos trabajadores al enjuiciamiento y control de los tribunales de justicia. Y ello, en el más estricto de los supuestos (apartado d), que exige dicha justificación, pues en los procesos no relativos al despido o la rescisión del contrato no resulta exigible a siquiera dicha justificación a los Estados, que quedan amparados por la inmunidad de jurisdicción con su mera invocación ante los tribunales de justicia.

**40.** *De lege ferenda*, acaso hubiera sido preferible que ambos supuestos, los recogidos en los apartados c) y d), se hubieran unificado bajo unas mínimas exigencias -siquiera las ya vigentes- para justificar esta «desaparición» en la práctica de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo. Además de que conceptualmente resulta difícil defender la distinción de procesos hoy recogida por la Ley, esta regulación otorgaría a los tribunales de justicia un margen valorativo para enjuiciar la procedencia de la inmunidad del empleador frente al trabajador, que en un ámbito como el del contrato individual de trabajo resulta tan imprescindible como irrenunciable<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> A. OLIVA IZQUIERDO, “La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el Derecho laboral español: su relación con el artículo 7 de la Convención de Viena de 1961”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades*, ob. cit., pp. 195-203, p. 199.

<sup>31</sup> *Ibidem*, si bien la autora hace esta reflexión en relación con el precepto equivalente de la Convención de 2004: su artículo 11.2.c): “*si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural*”.

<sup>32</sup> En este sentido, procede citar el análisis tan crítico como certero que de la LO 16/2015 realiza J.A. GONZÁLEZ VEGA, a la que, entre otras muchas cuestiones, objeta lo siguiente: “*Con carácter general debe afirmarse que el texto se inspira ante todo en la idea de no perturbar las relaciones internacionales de nuestro Estado con el riesgo evidente de favorecer conceptos espurios como el «poder exterior» -no controlable democráticamente— o la «razón de Estado». Desde esta perspectiva, la regulación podría deparar en el futuro conflictos con la idea del Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución proclama y desde luego se muestra poco atenta a las cuestiones vinculadas con la protección de los derechos fundamentales —el de tutela judicial efectiva a la cabeza— y a los desarrollos, bien que incipientes, que prefiguran recientes tendencias del DI, tal como la jurisprudencia de algún Estado próximo ha puesto de manifiesto*” (“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?, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 85-97, p. 87).

41. Desde un punto de vista metodológico, acaso el sistema de lista que consagra la LO 16/2015 aporte una mayor previsibilidad y seguridad jurídicas frente a la tradicional -casuística e incierta- distinción *acta iure imperii/iure gestionis*. Sin embargo, desde la óptica del ya citado objetivo legal de reducir al “*mínimo imprescindible*” el ámbito y el alcance de la inmunidad respecto del “*derecho de acceso efectivo a la justicia*” (Exposición de Motivos), la amplitud y falta de concreción del catálogo de excepciones a esa regla consagradas por dicha ley en el ámbito del contrato individual de trabajo permite cuestionar su eficacia real para lograr tal objetivo.

# LA DIFÍCIL DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

## THE COMPLEX TASK OF DETERMINING THE HABITUAL RESIDENCE OF THE CHILD IN PARENTAL RESPONSABILITY CASES

NEREA MAGALLON ELÓSEGUI

*Profesora Investigadora Ramón y Cajal  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0003-3994-049X

Recibido: 16.06..2021 / Aceptado: 19.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6297>

**Resumen:** La determinación de la residencia habitual como criterio para establecer la competencia de los tribunales europeos en materia de responsabilidad parental se ha convertido en una ardua cuestión que el Tribunal de Justicia de la Unión ha ido acotando a través de numerosa jurisprudencia. El carácter abierto y variable que la caracteriza dificulta la tarea de los operadores jurídicos, pero también nos permite atender caso por caso a las distintas variables derivadas del incremento de la movilidad geográfica en Europa.

**Palabras clave:** Derecho internacional privado, Derecho europeo de familia, Reglamento Bruselas II bis, responsabilidad parental, pensión de alimentos, criterios de competencia, residencia habitual.

**Abstract:** The determination of the connecting factor for concretizing the jurisdiction of the European courts in parental responsibility matters is a complex issue that the Court Of Justice of the Unión has been refined through the case law. The open and variable nature of the habitual residence of the child makes the work of legal practitioners somewhat complex, but it also allows us to deal with the different variables arising from the increase in geographical mobility in Europe on a particular case.

**Keywords:** Private International law, European family law, Regulation Brussels II bis, parental responsibility, maintenance obligation, jurisdiction rules, habitual residence.

**Sumario:** I. Introducción: antecedentes y estado de la cuestión. II. La aplicación del Reglamento 2201/2003: una primera cuestión aparentemente redundante pero necesaria. III. El carácter accesorio y alternativo de la pensión alimenticia en aras a establecer el foro de competencia. IV. La residencia habitual: un concepto flexible y adaptable caso por caso. V. La *perpetuatio jurisdictionis* en el Reglamento Bruselas II bis. VI. Consideraciones finales.

### I. Introducción: antecedentes y estado de la cuestión

1. En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 16 de noviembre de 2020<sup>1</sup> que ha dado lugar a este comentario se plantean dudas acerca de la jurisdicción competente para

<sup>1</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección nº 12 de Resolución 3333/2021, Roj: AAP B 10309/2020.

modificar las medidas concernientes al régimen de visitas y la pensión de alimentos sobre una menor, establecidas en sentencia previa de divorcio. Se trata de una alteración derivada del hipotético cambio de residencia de la menor que cursaba sus estudios en Rumania y que se establece con la madre en España. La madre actúa como demandante y solicita ante el foro español una modificación de la sentencia de divorcio que disuelve su vínculo matrimonial con el objeto de anular el régimen de visitas del demandado con su hija y de incrementar la pensión de alimentos que se impuso al padre por haber aumentado las necesidades de la menor.

2. El Juzgado de Primera Instancia rechaza su competencia en base a una interpretación de la residencia habitual de la menor que tiene en cuenta el último lugar donde ha cursado sus estudios. La demandante, y madre de la menor, recurre dicha decisión a la Audiencia Provincial de Barcelona que, sin embargo, tras realizar un análisis ponderado de las circunstancias del caso estima el recurso de apelación y concluye que la residencia de la menor se encontraba en España al momento de iniciarse el procedimiento y que, por tanto, son competentes los tribunales españoles.

3. El supuesto planteado nos va a permitir hacer un análisis que pone de manifiesto parte de las características de la regulación actual del Derecho de familia internacional y, en particular, del sistema europeo de responsabilidad parental; y a la vez para establecer una pequeña valoración de su situación ante la próxima entrada en vigor del Reglamento Bruselas II ter<sup>2</sup>.

En primer lugar, hemos querido resaltar la complejidad del entramado normativo que convive en esta materia en el ordenamiento jurídico español y la importancia de delimitar los distintos instrumentos aplicables (II). Después se atiende a su fragmentación en diversos instrumentos jurídicos. Después, tomando como modelo la pensión alimenticia, se atiende a su fragmentación en diversos instrumentos poniendo de relevancia los diferentes intereses protegidos y las múltiples sensibilidades que subyacen bajo el Derecho de familia, (III). En segundo lugar, observamos que los distintos criterios hermenéuticos utilizados por ambos tribunales en el momento de determinar dónde se encuentra la residencia habitual de la menor al iniciar el procedimiento son un indicativo de las dificultades que puede comportar el criterio de competencia escogido por el Reglamento Bruselas II bis para establecer la jurisdicción en el ámbito de responsabilidad parental (IV); lo que nos lleva, en último lugar, a recordar brevemente la viabilidad de aplicar las excepciones de *perpetuatio fori* en aras satisfacer el interés del menor como principio clave del sistema (V).

## II. La aplicación del Reglamento 2201/2003: una primera cuestión aparentemente redundante pero necesaria

4. Lo primero que debemos hacer al analizar la competencia de los tribunales españoles es determinar los instrumentos aplicables al caso, tal y como hace correctamente en este Auto la Audiencia Provincial de Barcelona. Los supuestos de crisis matrimoniales en los que se involucran menores originan una nueva organización de las relaciones conyugales y paterno-filiales que tiene efectos en múltiples ámbitos de la esfera familiar. La nueva organización de la familia requiere de la adopción de distintos tipos de medidas que se encuadran en un marco legislativo heterogéneo que, a pesar de su interconexión, ha seguido diferentes velocidades en el proceso de armonización europeo<sup>3</sup>. La sensibilidad congénita al Derecho de familia se ha traducido en una reglamentación compartimentada y fragmentada en múltiples instrumentos (con origen en distintas fuentes institucional, convencional y estatal) que dotan de cierta complejidad a la ordenación de la estructura familiar internacional en supuestos de crisis

<sup>2</sup> Reglamento 1111/2019 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 (Bruselas II ter), DOUE L 178, 2 de julio de 2019, que se aplica con carácter general a partir del 22 de julio de 2022 (art. 105).

<sup>3</sup> R. ARENAS GRACIA, *Crisis matrimoniales internacionales*, De conflictum Legum, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004.

matrimoniales<sup>4</sup>, a la par que obligan al operador jurídico a realizar una labor previa de delimitación de la normativa aplicable.

5. Precisamente, la Audiencia Provincial de Barcelona inicia su argumentación instaurando la norma que debe utilizar para examinar la competencia de los tribunales españoles a raíz del recurso de apelación interpuesto por la madre de la menor contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia, que rechazaba su jurisdicción para conocer las modificaciones de la potestad parental sobre la misma por su hipotética residencia habitual en Rumania. A tales efectos, parte de la aplicación del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis)<sup>5</sup> en calidad de norma europea, apelando a su prevalencia jerárquica en supuestos internacionales.

La aplicación del Reglamento Bruselas II bis no presenta dudas desde el punto de vista de su ámbito espacial puesto que se trata de examinar la competencia de las autoridades españolas en foro español. Y tampoco plantea problemas respecto a su ámbito de aplicación personal, en tanto la menor (que no llega a los 18 años<sup>6</sup>) afectada por la modificación de las medidas de responsabilidad parental objeto de la demanda tiene la residencia habitual en España y anteriormente la tuvo en Rumania, ambos Estados miembros de la Unión (art. 61.a RBIIbis)<sup>7</sup>.

6. En segundo lugar, la Audiencia alude a la integración de las medidas solicitadas en el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis. La demanda que inicia el procedimiento y que ha dado lugar al Auto objeto de comentario, se refiere a dos materias distintas: régimen de visitas y alimentos; así que conviene recordar cual de ellas se subsume en el concepto de “responsabilidad parental” recogido en el Reglamento europeo. El Reglamento Bruselas II bis incluye una regulación completa de la competencia judicial en materia de responsabilidad parental, conforme a la que establece una regulación general que, por un lado, no se limita a los supuestos de responsabilidad parental incursos en crisis matrimoniales (Cdo. 5) y, por otro, a diferencia de su predecesor<sup>8</sup>, comprende a los denominados “hijos de la familia” sean comunes o no<sup>9</sup>. Sin embargo, de las diferentes cuestiones que se pueden suscitar en los supuestos de crisis matrimoniales únicamente se ocupa de las vinculadas con la responsabilidad

<sup>4</sup> Como ponen de manifiesto, entre otros: A. BORRÁS, “From Brussels to Brussels bis” en K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (eds.), *Brussels II bis: Its impact and Application in the Member States*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 3-22; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000” en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte (eds.) *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239; F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, vol. 3, N° 1, pp. 282-289; A. DURAN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones especial referencia al *forum divorti* en el contexto europeo”, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dres.) *Protección de menores y Derecho Internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 91-102.

<sup>5</sup> DOUE L338, de 23 diciembre de 2003.

<sup>6</sup> El concepto de menor no aparece definido en el Bruselas II bis, con lo que deberá interpretarse conforme a las legislaciones nacionales. Esto ha cambiado en el Reglamento 1111/2019 25 de junio, 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, (Bruselas II ter), DOUE L 178, 2 de julio de 2019, que ha incluido una definición de menor como toda persona de menos de 18 años (art. 2.6). A tales efectos la “Guía práctica para la aplicación del RBIIbis” hace un apunte sobre su aplicación a menores emancipados según la legislación nacional y extrae de su ámbito de aplicación las medidas adoptadas sobre personas emancipadas, p. 19; en contra P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, n° 21, diciembre 2014, pp. 1-19, p. 5.

<sup>7</sup> Sobre cuestiones problemáticas vinculadas a la determinación del ámbito de aplicación del RBII bis, *vid.*, A. QUIÑONES ESCAMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis?”, *Revista de Derecho Comunitario*, N° 29, 2008, pp. 457-482.

<sup>8</sup> Reglamento 1347/2000, 29 mayo de 2000, relativo a competencia, reconocimiento y ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental, DOCE n° 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>9</sup> Es menester recordar que el Reglamento 1347/2000 únicamente se ocupaba (al igual que el Convenio de 28 de mayo de 1998) de la responsabilidad parental respecto de los hijos comunes atendiendo precisamente a su estrecha vinculación con la disolución de la pareja, sin embargo, el Reglamento 2201/2003 incluye a los hijos no comunes que forman parte de la familia. *Vid.*, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...op.cit.*, p. 159-165.

parental<sup>10</sup> y el resto resultan reguladas por otros instrumentos comportando, también, una potencial disociación de la competencia de los Tribunales. De hecho, podría suceder que los tribunales españoles fueran competentes para conocer de la disolución del vínculo matrimonial pero no respecto a otras cuestiones conexas, y al revés<sup>11</sup>.

En relación a lo anterior, debemos precisar que las pretensiones de la demandante, aunque están dirigidas a modificar las medidas establecidas en una Sentencia de divorcio anterior, y, por tanto, unidas en ese sentido a la disolución del vínculo matrimonial, se solicitan en un nuevo procedimiento que versa únicamente sobre la responsabilidad parental. Se analiza la competencia de los tribunales españoles para conocer una demanda concerniente a la modificación de la potestad parental establecida en una decisión previa, pudiendo haber sido los tribunales rumanos los competentes para resolver el divorcio y establecer dichas medidas de responsabilidad parental en el instante en que se planteó la nueva organización familiar. Este dato tendría importancia ante la eventualidad de atender a la *perpetuatio jurisdictionis* para otorgar la competencia al mismo tribunal del Estado miembro del que emanó la resolución judicial que establecía las medidas que se quieren modificar prevista en el Reglamento Bruselas II bis; pero esta posibilidad la trataremos más adelante al analizar los foros de competencia.

7. Volviendo al ámbito material, y teniendo en cuenta que en la demanda se solicita la modificación de las medidas sobre el régimen de visitas de la menor y el incremento de la pensión de alimentos impuesta con anterioridad, la clave se halla en el concepto de “responsabilidad parental” del Reglamento Bruselas II bis. El Reglamento Bruselas II bis establece una definición amplia de “responsabilidad parental” mediante la que cubre todos los derechos y obligaciones de su titular en relación con la persona o los bienes de un menor (Art. 2.7 RBIIbis)<sup>12</sup>. Más concretamente, el Reglamento Bruselas II bis se aplica tanto a la atribución y a la modificación, como a la finalización de la responsabilidad parental (art. 1.1. b) RBIIbis) de aquellas medidas adoptadas en las materias enumeradas en su artículo 1.2 RBIIbis. En particular, entre estas materias se halla el derecho de custodia y visita. Como podemos observar, se establece una definición autónoma propia del instrumento europeo que evita acudir a los ordenamientos nacionales<sup>13</sup> y, conforme a ella, se concluye que las modificaciones de las medidas sobre el régimen de visita solicitadas por la madre entran, sin lugar a duda, dentro de su ámbito de aplicación<sup>14</sup>.

8. No sucede lo mismo con la segunda de las cuestiones objeto de la demanda: el incremento de la pensión de alimentos. En el artículo 3.2 RBIIbis se especifican las materias que se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis y entre ellas se encuentra la pensión de alimentos. Los alimentos para los hijos se regulan en el Reglamento 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 (Reglamento 4/2009)<sup>15</sup>. A pesar de ello el establecimiento de la pensión alimenticia también está estrechamente relacionado a los derechos de custodia

<sup>10</sup> A. BORRAS RODRÍGUEZ, en “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo (Bruselas II)”, *RJC*, 2003, año CII, N° 2, pp. 361-389, nos recuerda que la introducción de la responsabilidad parental en el Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, fue fruto de la iniciativa de España y Francia que entendían que resultaba esencial que el juez que estuviera conociendo de la cuestión matrimonial se pronunciase igualmente sobre los efectos que puede tener sobre los hijos, p. 369; “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial preparado por la Profesora Dña. Alegría Borrás”, (Informe Borrás), DOCE n° C221, de 16 de julio de 1998, n° 23 y 24.

<sup>11</sup> R. ARENAS GRACIA, *Crisis matrimoniales...op.cit.*, pp. 141-171.

<sup>12</sup> *Vid.*, Guía Práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II bis. A pesar de esta enumeración se han producido diferentes pronunciamientos del TJUE que delimitan el ámbito de aplicación del RBIIbis: STJCE 27 noviembre de 2007, C-435/06, C; STJUE 2 abril de 2009, C-523/07, A; STJUE 21 de octubre 2015, C-215/15, *Gogova*.

<sup>13</sup> A diferencia del Reglamento 1347/ 2001 y del Convenio de 1998.

<sup>14</sup> *Vid.*, Auto del TJUE 3 de octubre de 2019, C-759/18, *Of vs. PG*, apdos. 48-54. El concepto de “derechos de custodia” se define en el artículo 2.9 del RBIIbis como los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

<sup>15</sup> DOUE L7 de 10 de enero de 2009.

y visita de la pareja y, con frecuencia, se negocian en los mismos procesos judiciales entre progenitores, así que el razonamiento esgrimido en el Considerando 8 sobre la inclusión de la responsabilidad parental en el RBIIbis se podría extender igualmente a la materia de alimentos<sup>16</sup>. Tal y como establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la propia naturaleza de la obligación de alimentos a favor de hijos menores se halla intrínsecamente vinculada con la acción relativa a la responsabilidad parental. De todas formas aunque la demanda relativa a la pensión alimenticia de un menor pueda ser considerada como naturalmente accesoria a la responsabilidad parental, ello no debe comportar una minusvaloración de su autonomía material<sup>17</sup>.

### III. El carácter accesorio y alternativo de la pensión alimenticia en aras a establecer el foro de competencia

9. Como ya se ha indicado en el epígrafe anterior la competencia judicial internacional en materia de pensión de alimentos se regula de manera específica y autónoma en el Reglamento 4/2009. El Reglamento 4/2009, mediante el artículo 3, instaura varios foros alternativos entre los que se encuentran los apartados c) y d) donde incluye la posibilidad de que el demandante, al solicitar la pensión alimenticia, acuda al órgano jurisdiccional competente para conocer la disolución del vínculo matrimonial o al foro competente para resolver las cuestiones de responsabilidad parental. De este modo, atiende a la congruencia de conocer en el mismo proceso de crisis matrimonial o de responsabilidad parental la acción de alimentos. En este caso en concreto, la competencia se establece conforme al RBIIbis (analizada en el siguiente epígrafe) y permite al demandante concentrar el litigio en un único tribunal e interponer la demanda ante el foro de responsabilidad parental. En relación con la responsabilidad parental el demandante puede elegir ante qué foro acudir y sopesar si prefiere dar prioridad a la optimización de recursos vinculada a la concentración del litigio en un solo foro, por encima de las ventajas de interponer la demanda en la residencia habitual del demandado como lugar donde el deudor de alimentos suele tener bienes, o en su propia residencia habitual con las ventajas de acceso que se le presuponen<sup>18</sup>. En el supuesto objeto del presente comentario la residencia del demandado está en España y, por tanto, coincide con el lugar donde la demandante ha incoado el procedimiento en virtud de la residencia habitual de la menor, así que no concurre esa dualidad.

10. Tampoco se plantean dudas acerca de la “accesoriedad” de la pensión de alimentos respecto a la acción de responsabilidad parental puesto que se solicita en un procedimiento posterior a la disolución del vínculo matrimonial y en el que la modificación de la custodia sobrelleva naturalmente una alteración de la pensión alimenticia. Desde el punto de vista de la competencia judicial, la concentración en un mismo tribunal de las acciones sobre responsabilidad parental y alimenticia, cuenta con la enorme ventaja de atender de un modo integral a la situación del menor. El juez competente para conocer las acciones sobre responsabilidad parental establecerá el modelo de custodia (compartida o exclusiva) así que tendrá conocimiento de los elementos facticos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental y, en función de ello, podrá fijar los gastos de manutención y educación, así como el derecho de visita<sup>19</sup>. Consideramos que, en el asunto que nos concierne, la decisión de la madre de interponer la demanda de responsabilidad parental y de pensión alimenticia ante un mismo foro asevera la competencia del

<sup>16</sup> Como pone de manifiesto A. BORRÁS, “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas ter...”, *REEI*, nº 38, diciembre 2019, pp. 1-5, p. 2.

<sup>17</sup> STJUE 16 de julio de 2015, C-184/14, *A*, apdo. 48.

<sup>18</sup> 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*, Universidad del País Vasco, Aranzadi, nº 1, 2011, pp. 135-194, p. 166. La protección del acreedor se proyecta sobre la posibilidad de escoger entre los foros y elegir el que más se adecúe a sus intereses, no sólo desde el punto de vista de la competencia judicial, sino también de las soluciones de Derecho aplicable, *vid.*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales y prestaciones alimenticias entre conyuges*, Civitas, Madrid, 1996, p. 31.

<sup>19</sup> STJUE 16 de julio de 2015, C-184/14, *A*, apdo. 40-42.

mismo tribunal para conocer ambas cuestiones en virtud del concepto de “demanda accesoria”. En este supuesto no caben dudas de la utilización del concepto de “demanda accesoria” que figura en el artículo 3 d) como concepto autónomo e intrínsecamente ligado a la acción relativa a la responsabilidad parental, así que no se producen divergencias hermenéuticas<sup>20</sup>.

#### IV. La residencia habitual: un concepto flexible y adaptable caso por caso

**11.** Una vez se ha determinado que el instrumento aplicable para establecer la competencia de los tribunales españoles en aras a conocer la demanda sobre responsabilidad parental y, accesoriamente, sobre la pensión alimenticia es el Reglamento Bruselas II bis, atenderemos al criterio de la residencia habitual sobre el que instaura sus cimientos tanto para establecer la competencia con carácter general (art. 8 RBIbis) como en situaciones excepcionales (arts. 9 y 10 RBIbis)<sup>21</sup>.

El artículo 8 RBIbis otorga la competencia judicial en materia de responsabilidad parental con carácter general a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta la demanda. Las dudas surgidas en el presente Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona giran en torno a su determinación y a los elementos facticos que debemos tener en cuenta para concretarla. El Reglamento Bruselas II bis carece de una definición específica de residencia habitual y esa omisión puede generar, en ocasiones, una sensación de inseguridad jurídica y un mayor protagonismo de la labor de los operadores jurídicos. El legislador europeo ha optado por un concepto abierto, adaptable a cada situación, que nos permite atender a la gran variedad de escenarios que se producen como consecuencia de la creciente movilidad geográfica en Europa y una definición general llevaría, precisamente, a perder ese carácter<sup>22</sup>. La residencia habitual del menor es un concepto factico que indica el lugar en el que una persona fija de manera voluntaria y estable su centro de vida social y familiar<sup>23</sup>.

**12.** Por otra parte, se trata de una noción que ha de gozar de un significado autónomo, uniforme y específico del Reglamento Bruselas I bis<sup>24</sup> y alejarse de los particularismos jurídicos nacionales, así que la ayuda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido fundamental para ir dando pautas comunes en torno a su determinación y a las circunstancias que contribuyen a ir consolidando los elementos básicos inherentes al concepto europeo<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Sobre el concepto de “demanda accesoria” de la acción de alimentos, *vid.*, STJUE 6 de julio de 2015, C-184/14, comentarios en C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sentencia del TJUE (sala 3ª), de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14 a y B”, *REDI*, vol. 68 (2016), 1, pp. 178-181 y J. J. VARA PARRA, “Una reflexión sobre el alcance del foro de accesoriadad. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala Tercera) de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14”, *La Ley Unión Europea*, nº 31, 30 de noviembre de 2015. Se abre un interesante debate sobre la accesoriadad y alternatividad de la demanda de alimentos respecto a la demanda de disolución del vínculo matrimonial o respecto a la de responsabilidad parental en la STJUE 5 de septiembre de 2019, C-468/18, *R vs. P*, *vid.*, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “Competencia judicial internacional en materia de alimentos debido a menores. Alternatividad y accesoriadad en el Reglamento 4/2009”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, febrero 2020.

<sup>21</sup> La residencia habitual atiende a una doble función, como establece C. CHALAS, “Précisions su la résidence habituelle et la procédure de retour de l’enfant dans le règlement Bruxelles II bis”, *RCDIP*, nº 1, 2018, pp.115-125, p.117; sobre la residencia habitual en los instrumentos de Derecho Internacional Privado europeo *vid.*, A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un debate renovado de Derecho Internacional privado”, *CDT*, 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 186-202.

<sup>22</sup> *Vid.*, El Reglamento Bruselas II ter tampoco acota la definición de residencia habitual del menor. En ese sentido A. BORRÁS, “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas ter...”, *REEL*; nº 38, diciembre 2019, p. 5. A favor de una mayor concreción *vid.*, L. A. PÉREZ MARTIN, “El interés superior de los niños y las niñas de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019, sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *CDT*, 2021, vol. 12. Nº 2, pp. 119-1127.

<sup>23</sup> Informe “Borrás”, nº 32.

<sup>24</sup> Es una definición que no se puede extraer de la interpretación de otros Reglamentos: STJUE 2 abril de 2009, C-523/07, C-523/07, A, apdo. 36. *Vid.*, R. CARO GANDARÁ, “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, J.A. Robles Garzón, (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 161-174.

<sup>25</sup> STJUE 17 de octubre 2018, C-393/18 *PPU, UD, vs. XB*; STJUE 8 de junio 2017, C-111/17 *PPU, OL, vs PQ*; STJUE 9 octubre 2014, C-376/14 *PPU, C-M*; STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 *Mercredi*.

**13.** Tal y como se percibe en el Auto que comentamos, el establecimiento de la residencia habitual del menor resulta una cuestión compleja que deberá atender al caso particular y que se va a solventar de manera distinta según los elementos de hecho presentes en el litigio. De esta forma se convierte en un criterio variable del que debemos extraer un sustrato común<sup>26</sup>. En ocasiones resulta complicado determinar dónde tiene la residencia habitual el menor, en especial cuando la familia se ha movido geográficamente de un Estado a otro provocando su desplazamiento, y nuestro supuesto puede servir como ejemplo. La Sentencia de Instancia objeto de apelación considera que los órganos jurisdiccionales españoles carecen de competencia porque la residencia habitual de la menor se encuentra en Rumania en atención al último lugar donde ha cursado sus estudios y, en cambio, la demandante recurre esa decisión alegando que la residencia habitual de la menor está en España, para lo que aporta como prueba el certificado del padrón.

**14.** Para resolver los inconvenientes interpretativos derivados de una definición más específica, es menester extraer unas pautas hermenéuticas básicas atendiendo, por un lado, al objetivo que persigue la norma y, por otro, al contexto en el que se inserta.

En primer lugar, debemos subrayar que la residencia habitual del menor, como criterio clave del Reglamento Bruselas I bis, se fundamenta en el principio de protección del interés del menor así que su interpretación, desde un punto de vista teleológico, deberá tender igualmente a garantizarla. Tal y como se desprende del tenor del considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, esta garantía va unida al criterio de proximidad. En un principio, las autoridades del país de la residencia habitual del menor son las que están mejor situadas para conocer y acceder al medio social del menor, las que pueden adoptar decisiones con mayor rapidez y, además, producen un efecto disuasorio del traslado ilícito<sup>27</sup>.

Bajo esta orientación del concepto de residencia subyace el principio de integración social y/o familiar del menor en un determinado Estado miembro<sup>28</sup> del que parece desprenderse la estabilidad o regularidad que convierten a la residencia en “habitual” en contrapartida a la residencia ocasional o temporal<sup>29</sup>. Entre los factores que manifiestan permanencia escogemos algunos de los establecidos por el Tribunal de Justicia y que se encuentran en el Auto que nos ocupa para destacarlos como indicios positivos de integración de la menor: la duración, la regularidad, la nacionalidad de la menor, los conocimientos lingüísticos y las condiciones de escolarización<sup>30</sup>. Tales circunstancias se aprecian en nuestro supuesto y, en un principio, conectan a la menor con Rumania lo que nos podrían llevar a descartar la competencia de los tribunales españoles y suscribir la de los Tribunales rumanos, tal y como hace en este supuesto el Tribunal de Instancia.

**15.** En segundo lugar, deberemos atender a la interpretación sistemática, que pone el acento en la necesidad de perfilar la definición caso por caso y de ponderar otras circunstancias que pueden prevalecer sobre las anteriores incrementando la complejidad inherente al criterio de residencia habitual en su proyección a la práctica. En este sentido, se requiere hacer un análisis global y una evaluación en conjunto en el que pueden cobrar fuerza otro tipo de factores: las condiciones de la estancia o del traslado, la presencia física del menor o la voluntad de permanencia, con independencia del tiempo que la menor lleva allí<sup>31</sup>. En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona observamos que la discrepancia entre

<sup>26</sup> A. RICHEZ PONS “Habitual residence consideradas an european harmonisation factor in family law (regarding the Brussels II-bis Regulation”, en K. Woele-Boelki, *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerpen, 2005, pp. 355-360.

<sup>27</sup> A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, T II*, Tiran lo BLANCH, Valencia, 2020, p. 2033y 2034; STJUE 15 julio de 2010, C-256/09, *Purrucker*; apdo. 91; *vid.*, P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, 1986-1, t. 196.

<sup>28</sup> STJUE 2 abril 2009, C-523/07, *A*, apdo.44; STJUE 22 diciembre 2010, C-479/10, *Mercredi*, apdo. 44.

<sup>29</sup> STJUE 22 diciembre 2010, C-479/10, *Mercredi* apdo.49 y STJCE 2 abril 2009, C-523/07, *A*, apdo. 48.

<sup>30</sup> STJUE 2 abril 2009, C-523/07, *A*, apdo. 39.

<sup>31</sup> *Id.*, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489-522, p. 510-512; STJCE 2 abril 2009, C-523/07, *A*, apdos. 35-44; STJUE 17 octubre 2018, C-393/18, *UD*, apdo. 62; STJUE 22 diciembre 2010, C-479/10, *Mercredi* apdo. 51.

los tribunales se origina, en cierto modo, en la estimación temporal de la residencia habitual de la menor que, tras terminar el curso en Rumania, se ha desplazado con su madre a España donde se ha iniciado el procedimiento. En este caso, el elemento de estabilidad va a depender de la voluntad de permanencia y no de la cuantificación del tiempo que lleva la menor en el país, y la demandante demuestra dicha voluntad mediante la inscripción del padrón. La inscripción en registros formales no es por sí sola un indicio determinante, pero puede considerarse en este caso un elemento positivo junto a otros factores.

16. El desplazamiento de la menor con anterioridad a la interposición de la demanda afecta a la competencia en tanto comporta una nueva residencia habitual que supone la pérdida de la anterior. La presencia estable y duradera durante un determinado periodo de tiempo refleja un vínculo real con el medio social, pero tampoco es un valor definitivo y puede variar dependiendo del caso particular<sup>32</sup>. De hecho, el Reglamento Bruselas II bis no establece un intervalo temporal para acotar la residencia y, aunque el término “habitual” podría indicar la necesidad de cierta duración del vínculo antes de que se pueda calificar de “habitual”, no se excluye la posibilidad de que un menor adquiriera esa residencia el mismo día de su llegada o poco después si existe voluntad de asentar el centro de intereses de manera estable<sup>33</sup>. Así sucede en el caso objeto de comentario en el que dotar de prevalencia al criterio cualitativo frente al cuantitativo nos conduce a señalar la residencia habitual de la menor en España.

17. Igualmente, aunque no se ve reflejada esta posibilidad en los fundamentos de derecho del Auto de la Audiencia, podría suceder que la menor se hubiera trasladado a Rumania temporalmente a cursar sus estudios mientras sus progenitores permanecían en España y, en ese caso, la presencia del núcleo familiar en España sería suficiente para avalar a la vuelta su integración familiar y la residencia habitual de la menor en ese país.

## V. La *perpetuatio jurisdictionis* en el Reglamento Bruselas II bis

18. Para finalizar, vamos a realizar un breve comentario de la *perpetuatio fori* en el Reglamento Bruselas II bis. Es menester subrayar, que la cuestión de la competencia se determina en el momento en el que se interpone la demanda ante el órgano jurisdiccional y, una vez iniciado el proceso, dicho órgano retiene la competencia mientras perdure<sup>34</sup>. Ello comporta que, aunque el menor cambie de residencia habitual, no se modifica la jurisdicción de los tribunales<sup>35</sup>. En este sentido, la competencia se deberá establecer en cada caso particular y no se mantiene finalizado el procedimiento<sup>36</sup>. Los tribunales competentes para llevar un procedimiento en la que se plantea, por ejemplo, la disolución del vínculo de la pareja, el establecimiento de la responsabilidad parental y la pensión de alimentos no tienen por qué seguir siéndolo para conocer una demanda posterior de modificación de esas medidas de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos si la residencia del menor se encuentra en el territorio de

<sup>32</sup> Sobre la presencia física: C. CHALAS, “Précisions...”, *op.cit.*, pp. 117-123.

<sup>33</sup> Tal y como pone en valor la *Guía práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, p. 27, también, A. RICHEL-PONS, “Habitual residence considered an european harmonisation factor in family law (regarding the Brussels II-bis Regulation”, en K. Woele-Boelki, *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerpen, 2005, pp. 355-360.

<sup>34</sup> SJUE 1 octubre de 2014, C.463/13, E., apdo. 38. En este sentido según dispone el artículo 16 del Reglamento Bruselas II bis se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional desde el momento en el “que se le presenta el escrito de demanda”.

<sup>35</sup> Las dificultades prácticas que se derivan de la aplicación del principio de *perpetuatio fori* se basan en la distancia geográfica entre el nuevo lugar de “residencia habitual” del niño y el tribunal que sigue siendo responsable de la causa. Si el proceso se lleva a cabo en un Estado miembro donde el menor no tiene su residencia habitual, es posible que el menor tenga que viajar durante el proceso, tal y como se pone de manifiesto en “Study on the assesment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendmen, Final Report”, p. 29. Cabe destacar que, en la situación actual, un tribunal de un Estado miembro conservaría la jurisdicción si el menor se ha trasladado a otro Estado miembro de la UE, pero perderá la jurisdicción si el menor se ha trasladado a otro Estado contratante del Convenio de La Haya que no sea de la UE. Estado miembro (o no un Estado miembro del Reglamento Bruselas II bis como Dinamarca), p. 30.

<sup>36</sup> STJUE 1 octubre de 2014, C.463/13, E., apdo. 40.

otro Estado miembro. En atención a lo anterior, en la resolución que trae causa, carece de relevancia que la sentencia de divorcio en la que se establecieron las medidas previas de responsabilidad parental y de alimentos que se quieren modificar tuviera su origen en Rumania, poniéndose de manifiesto la potencial disociación de la competencia judicial.

19. Otra cuestión diferente será si, en ocasiones, es oportuno mantener la competencia del Estado miembro de la residencia habitual del menor para modificar un régimen de responsabilidad parental que han establecido los tribunales de ese país antes de su traslado<sup>37</sup>. El artículo 9 del Reglamento Bruselas II bis prevé esta posibilidad cuando un menor se desplaza a otro país y, de acuerdo a esa nueva circunstancia, resulta necesario modificar los acuerdos previamente establecidos; entonces sí recomienda a los titulares de la responsabilidad parental realizar los ajustes necesarios con anterioridad al traslado<sup>38</sup>. Pero se trata de una excepción a la regla general muy limitada y, como tal, debe cumplir una serie de requisitos establecidos por la norma<sup>39</sup>, así que no es necesario plantearlo en este supuesto.

## VI. Consideraciones finales

20. La decisión que ha servido de base a este comentario nos ha permitido reparar en la complejidad del entramado normativo existente en el Derecho de familia europeo que, por un lado, integra conjuntamente en un mismo instrumento las normas relativas a las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental pero, por otro, desarrolla mediante regulación específica cuestiones igualmente conexas a un proceso de disolución del vínculo de la pareja como la pensión alimenticia (o la disolución del régimen económico patrimonial). La primera dificultad con la que se encuentra el operador jurídico es la de determinar la normativa aplicable para establecer la competencia en materia de responsabilidad parental ante la concurrencia de diversos textos normativos con distinto origen y alcance. Esta fragmentación parte del limitado ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis que se aplica a la disolución, relajación y anulación del vínculo matrimonial y a la responsabilidad parental, pero deja fuera otras cuestiones permitiendo una potencial disociación material de tribunales competentes que, a pesar de que ha sido criticada por la incertidumbre legislativa que soporta, proporciona un nivel de especialización y de desarrollo en distintas velocidades que no debe ser desdeñado.

21. Una de las cuestiones que el Reglamento Bruselas II bis extrae de su ámbito de aplicación material es la pensión alimenticia que goza de una regulación autónoma. A pesar de lo cual el Reglamento 4/2009 posibilita al demandante elegir la concentración *ope legis* cuando así lo estime acorde con sus intereses.

22. Entre las dificultades que se derivan de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis resalta la determinación del concepto de residencia habitual del menor que se erige en criterio vertebrador del Instrumento europeo, tal y como se refleja en la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente al respecto. Es cierto que, hay ocasiones en los que resulta complicado establecer la residencia habitual del menor cuando ha sufrido varios traslados por diferentes Estados, pero también que los criterios hermenéuticos que subyacen a la norma son claros y que el Tribunal de Justicia de la Unión ha ido dotando de herramientas oportunas que pueden ayudar a los tribunales de los Estados miembros

<sup>37</sup> Al respecto *vid.*, A. BORRÁS, “Article 9”, en *Brussels II bis Regulation*, U. Magnus y P. Mankowski, Sellier, European law publishers, UK, 2012, pp. 116-119.

<sup>38</sup> Guía Práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II bis.

<sup>39</sup> *Vid.*, S. CORNELOUP, “Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale”, en H. Fulchiron y C. Nourissat (dres.) *Le nouveau droit communautaire du divorce et de responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 69-84, p. 75; D. GLUHAI, “Residencia Habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los arts. 8 y 9 del Reglamento 2201/2003”, *CDT*, 2019, Vol. 11, N° 1, pp. 751-757; A. QUIÑONES ESCAMEZ, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores en el Reglamento 2210/2003, *La Ley*, 16212/2008, p. 3.

a realizar una correcta valoración al respecto. De hecho, en la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona que ha dado lugar al presente trabajo no se ha puesto de manifiesto tal grado de complejidad y sí, cierta dejadez o desconocimiento del Juzgado de Primera Instancia que no parece haber realizado una detenida ponderación de los elementos facticos que concurrían en el litigio en particular.

EL DESCONOCIMIENTO DEL SISTEMA DE FUENTES  
EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RESPECTO  
LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL A PROPÓSITO  
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE VALENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2020

THE LACK OF KNOWLEDGEMENT OF THE SYSTEM  
OF SOURCES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
RESPECTING INTERNATIONAL JURISDICTION IN RELATION  
TO THE JUDGMENT OF THE VALENCIA PROVINCIAL COURT  
OF 10 OCTOBER 2020

PABLO MELGAREJO CORDÓN  
*Becario de Iniciación a la investigación*  
*Universidad de Granada*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 20.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6298>

**Resumen:** La sentencia que es objeto de análisis estima un recurso de apelación contra un auto de instancia mediante el que el juez a quo se declara incompetente para conocer de la demanda. La actora presentó demanda para la regulación de la guarda, el régimen de comunicación y los alimentos del hijo, nacido en el año 2007, que tenía en común con el demandado. La Audiencia provincial de Valencia estima el recurso, y luego de realizar algunos apuntes sobre la nacionalidad de los interesados, así como sobre su residencia habitual, declara competentes a los tribunales españoles para conocer sobre del proceso sobre responsabilidad parental y sobre la reclamación de alimentos revocando el auto de instancia.

**Palabras clave:** Responsabilidad parental, alimentos, nacionalidad, residencia habitual, Reglamento 4/2009.

**Abstract:** The judgment under consideration estimates an appeal against an order of first instance by which the judge had declared himself incompetent to hear the application. The plaintiff filed a lawsuit concerning the regulation of the custody, communication regime and maintenance of the child, born in 2007, which she had in common with the defendant. The Provincial Court of Valencia considers the appeal, and after making some notes on the nationality of the interested parties, as well as on their habitual residence, declares the Spanish courts competent to hear proceedings relating to parental responsibility and the recovery of maintenance revoking the order of instance.

**Keywords:** parental responsibility, maintenance, nationality, habitual residence, Regulation 4/2009.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho, la decisión de instancia y contenido general del fallo.  
II. Cuestiones de Derecho internacional privado: 1. Competencia judicial internacional. 2. La residencia habitual como foro idóneo. 3. La prorrogatio fori como singularidad del Reglamento 4/2009.  
III. Conclusiones.

## I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia y contenido general del fallo

1. El día 1 de junio de 2020, el Juzgado de Primera instancia nº 26 de Valencia dictó auto por el que se declaraba incompetente para conocer sobre una demanda para la regulación de la guarda, el régimen de comunicación y los alimentos del hijo. En este orden refirió expresamente: “*Acuerdo que este tribunal se abstenga del conocimiento de la demanda presenta por D<sup>a</sup> Nicolasa frente a D. Everardo por falta de competencia internacional*”.

2. El auto fue recurrido en apelación por la representación legal de la demandante ante la Audiencia Provincial de Valencia. Al ser remitidas las actuaciones a la Audiencia, se evidencia que el menor reside en Colombia con su bisabuela materna y que tanto demandante como demandado residen en España. A su vez, la demandante señala que el hijo de los litigantes adquirió la nacionalidad española.

3. La Audiencia, alejándose del criterio de instancia, indica que el Reglamento nº 2201/2003<sup>1</sup> no resulta aplicable al presente caso dado que el menor no reside en un Estado miembro de la Unión Europea a tenor de lo dispuesto en el art. 8 de este instrumento normativo.

4. En este mismo sentido, la Audiencia refiere que es aplicable 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>2</sup>, pero que no atribuye competencia a los tribunales españoles.

5. Con base a lo anterior, la Audiencia entiende que es necesario acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente al art. 22 *quáter*-d) para atribuir competencia a los tribunales españoles toda vez que la demandante es española y reside de forma habitual en España.

6. El órgano que conoce la apelación, indica que los tribunales españoles también ostentan competencia judicial internacional para conocer de la reclamación de alimentos con base al art. 3 letra a) del Reglamento 4/2009<sup>3</sup>. El foro del art. 3 letra a) del Reglamento 4/2009 atribuye competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, esto es, España como se refirió anteriormente.

7. Por todo lo señalado *supra* la Sala acuerda: 1) estimar el recurso de apelación de la actora contra el auto de instancia; 2) revocar el auto mencionado y declarar competente al Juzgado de 1ª Instancia de Valencia; 3) no imponer costas a ninguna de las partes.

## II. Cuestiones de derecho internacional privado

8. Tal como se refirió anteriormente, la interposición del recurso por parte de la actora contra el auto da lugar a un proceso ante el órgano judicial jerárquicamente superior en el que se comprueba la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia.

<sup>1</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 (Bruselas II bis), (DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29).

<sup>2</sup> 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, (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, páginas 1 a 32).

<sup>3</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 (Bruselas III), (DOUE L 7, de 10 de enero de 2009, páginas 1 a 79).

9. Cuando la Audiencia examina la competencia judicial internacional del juez *a quo* se hacen visibles los fallos del auto por el que se declaraba la incompetencia del primer tribunal. Este aspecto de la competencia judicial internacional, junto a la presunta idoneidad del criterio de la residencia habitual, así como la *prorrogatio fori* como singularidad del Reglamento 4/2009 constituirán el objeto del presente comentario.

## 1. La competencia judicial internacional

10. El Juzgado de Primera Instancia despacha el asunto declarándose incompetente a través de auto sin un aparente examen del sistema de foros recogidos en el ordenamiento jurídico español.

11. *Sensu contrario*, la Audiencia Provincial examina todos los instrumentos normativos que tienen vocación de ser aplicados. Así, en primer lugar, la Audiencia indica que el Reglamento 2201/2003 no resulta aplicable al caso ya que el menor no tiene su residencia habitual en ningún Estado miembro de la UE. No obstante, como se verá más adelante, concretamente en el punto 2, la determinación de la residencia habitual requiere un examen más profundo y detenido. De los antecedentes de hecho puede entenderse *a priori* que el menor tiene su residencia habitual en Colombia y que por ello no puede ser aplicado al presente supuesto.

12. En segundo lugar, la Audiencia alude al Convenio de la Haya de 1996 sobre responsabilidad parental, sin embargo, yerra al considerar que resulta aplicable y considerar que no atribuye competencia. Para que este instrumento resulte aplicable es necesario que el menor tenga su residencia habitual en algún Estado parte. Dado que el menor reside en Colombia, tercer Estado que no ha ratificado el Convenio, no resulta aplicable a este supuesto en ninguna circunstancia.

13. En tercer lugar, de una u otra manera, se aterriza en la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuirle competencia a los órganos judiciales españoles, a través del art. 22 *quáter-d*) que utiliza la residencia habitual del demandante. En este caso, tal como se deduce de los antecedentes de hecho, la actora residía en España y, por tanto, los tribunales españoles eran competentes para conocer la demanda que se les había planteado.

14. En cuarto lugar, la Audiencia señala que en lo relativo a la reclamación de alimentos para el menor los órganos judiciales españoles también son competentes según lo dispuesto en el art. 3 letra a) del Reglamento 4/2009 puesto que el demandado reside habitualmente en España. Además, si se atiende a lo dispuesto en la letra d) del mismo precepto, los tribunales españoles que conozcan de una acción sobre responsabilidad parental conocerán también de la reclamación de alimentos.

15. En última instancia se observa que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental viene otorgada a los tribunales españoles por la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, por el Derecho autónomo, mientras que en materia de alimentos será el Reglamento 4/2009 el que otorgue la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles. Es preciso no olvidar que la acción de los alimentos es accesoria a la acción de responsabilidad parental.

16. En definitiva, puede apreciarse en este caso cómo la determinación de la competencia judicial internacional reviste cierta complejidad ya que es sustancialmente diferente a la competencia judicial interna<sup>4</sup>. De forma muy sutil, la Audiencia reprende al Juzgado de Primera Instancia su ineficacia a la hora de determinar la competencia judicial internacional. Una lectura detenida del caso muestra cómo la Audiencia ha de asumir la labor que le corresponde al juez *a quo* y que debiera haber realizado, que no

---

<sup>4</sup> *Vid.* en este sentido: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 10ª edic., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2020 pp. 27 y 28.

es sino repasar los distintos niveles de foros, a saber, institucional, convencional y autónomo, para acabar determinando si los órganos judiciales españoles eran competentes o no para conocer el asunto.

## 2. La residencia habitual como foro idóneo

17. La residencia habitual es un criterio de competencia que se utiliza en numerosos instrumentos normativos para determinar al tribunal competente, incluso para indicar la ley que resulte aplicable a la situación jurídica que se trate. La residencia habitual se ve revestida por un carácter “líquido”<sup>5</sup>, significando ello que la residencia habitual puede mutarse de forma más rápida y sencilla que, por ejemplo, la nacionalidad.

18. En un mundo cada día más globalizado, junto a la libre y vertiginosa circulación de ciudadanos en la UE, se hacen necesarios criterios veloces que se amolden a la rapidez de las relaciones jurídicas transfronterizas. Esta es una de las razones por las que la residencia habitual parece ser un foro adecuado para la regulación de aspectos en materia de familia.

19. Otra de las ventajas de la residencia habitual es que la futura sentencia será más fácil de ejecutar en el Estado en el que el demandado resida, pues será el Estado en el que posea bienes. En este supuesto concreto, en caso de impago de la obligación alimenticia la ejecución será ejecutada de forma directa.

20. Una ventaja añadida es que la residencia habitual, al contrario que la nacionalidad, es única, descartando así la posibilidad de dobles o varias residencias habituales. Ello supone un plus de seguridad jurídica. Así lo refiere expresamente el Abogado General del TJUE en el Asunto (C-80/19)<sup>6</sup>: “...la residencia habitual es, como regla, el «nexo general» para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Esa residencia, a mi juicio, solo puede ser una, no múltiple”. Y así lo corrobora la sentencia de este asunto: “La autoridad que sustancia la sucesión debe fijar en uno solo de dichos Estados miembros la última residencia habitual del causante, en el sentido de dicho Reglamento.”<sup>7</sup>. No obstante, puede suponer una desventaja en aquellos supuestos en los que la persona tenga una residencia habitual inestable al cambiar asiduamente de residencia habitual.

21. Desde un punto de vista procesal, como norma general, los litigantes verán reducidos los gastos que se deriven del proceso, al contrario que si se encontrasen inmersos en un proceso internacional en el que se acrecentarían indudablemente los costes de la litigación internacional.

22. Desde un punto de vista sustantivo, la parte más débil económicamente verá facilitado su acceso a la justicia.

23. Es cierto, no obstante, que a la residencia habitual se le pueden objetar algunas críticas como que su determinación, en muchas ocasiones, puede ser óbice para su operatividad. Dicho de otro modo, la residencia habitual de una persona no siempre será sencilla de establecer. No existe un “carnet de residencia habitual” ni un registro de la misma, al contrario de lo que ocurre con la nacionalidad que cuenta con mayores medios de prueba.

24. Otra crítica formulada a la residencia habitual tiene que ver con la posibilidad de que una persona carezca de residencia habitual y que este criterio no devenga operativo, aunque lo cierto es que la mayoría de personas físicas tienen residencia habitual en algún Estado.

<sup>5</sup> Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, núm. 1 pp. 48 a 50.

<sup>6</sup> Conclusiones Abogado General 26 de marzo de 2020, asunto C-80/19, *Caso WB*.

<sup>7</sup> Es cierto que esta sentencia se refiere a un asunto de sucesiones, pero el criterio de unidad de la residencia habitual puede ser extrapolado al concepto general.

25. También puede pensarse, y no sin razón, que los tribunales en mejor posición para conocer del asunto serían los tribunales con los que las partes interesadas se encuentren más vinculados. Este criterio suele ser utilizado de forma subsidiaria como ocurre en el art. 21.2 sobre determinación de la ley aplicable en el Reglamento 650/2012<sup>8</sup>.

26. La utilización de la nacionalidad como foro ya ha quedado desplazada en la mayoría de instrumentos normativos modernos a un tercer plano por ser un criterio injusto<sup>9</sup>, anticuado y que pudiera ser hasta incoherente. Es muy posible que una persona no manifieste ningún tipo de relación con el Estado del que es nacional, de ahí que la nacionalidad pueda ser considerada inclusive como un “criterio de desconexión”.

27. La conclusión que puede extraerse de este punto, es que a pesar de algunas desventajas que han sido analizadas brevemente sobre la residencia habitual, es este el criterio que goza de mayor idoneidad para actuar como foro de competencia.

### 3. La *prorrogatio fori* como singularidad del Reglamento 4/2009

28. El art. 4 del Reglamento 4/2009 permite a las partes elegir por escrito y con carácter exclusivo, salvo pacto en contrario, al Tribunal del Estado miembro que resolverá los litigios en materia de obligaciones de alimentos que se susciten entre las partes. Este mismo precepto es el que se encarga de limitar los Tribunales que pueden ser elegidos, señalando únicamente como elegibles a los Tribunales del Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de las partes.

29. Es cierto que esta misma operación de acuerdo de elección de fuero es extensible para los cónyuges y excónyuges a los órganos jurisdiccionales que sean competentes para conocer de la causa matrimonial, a través del Reglamento Bruselas II o a los de su última residencia habitual.

30. A pesar de lo anterior, en este supuesto concreto, no cabe plantearse la *prorrogatio fori* toda vez que la sumisión expresa a un tribunal solo podrá operar cuando se trate de obligaciones alimenticias respecto de mayores de 18, tal como reza el art. 4.3 del Reglamento 4/2009<sup>10</sup>.

31. El sentido de incluir la *prorrogatio fori* descansa sobre la base de que este Reglamento pretende aumentar la seguridad jurídica<sup>11</sup>, pues serán los interesados los que hayan designado al Tribunal, la previsibilidad, ya que las partes sabrán en todo momento a qué órgano jurisdiccional acudir, y la autonomía de las partes, porque les permite diseñar el proceso en caso de litigio. Sin embargo, la inmensa mayoría de los legisladores, tanto nacional como comunitario, coinciden en la importancia de la protección prioritaria del más débil, en este caso el menor de 18 años. De ahí que se excluya la elección de foro en obligaciones alimenticias respecto de menores de 18 años. Con distintas nomenclaturas entre los Estados miembros, pero con la misma esencia, el interés superior del menor goza de prioridad respecto de la autonomía de la voluntad de las partes.

---

<sup>8</sup> Reglamento 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, (Bruselas IV), *DOUE L 201*, de 27 de julio de 2012, páginas 107 a 134.

<sup>9</sup> *Vid.* en este sentido: A.BONOMI, “*Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members*”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010, pp. 605-610.

<sup>10</sup> *Vid.* A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 18ª ed., 2018, vol. II, pp. 544 a 547.

<sup>11</sup> *Vid.* S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, El Reglamento 4/2009 CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 7230, de 31 de julio de 2009 pp. 74 a 78.

**32.** A pesar de que en este caso concreto no resulte aplicable, la elección de foro es una de las mejores opciones con las que cuentan las personas físicas para evitar inconvenientes en este sentido en un proceso ulterior. Para que la elección sea adecuada habría de ser informada, es decir, puede ocurrir que los interesados desconozcan que la elección de los tribunales del Estado en el que residen supondrá mayores gastos derivados del litigio que si escogen *ad. ex.* a los órganos judiciales del Estado del que son nacionales, o a la inversa.

**33.** Otra ventaja de la elección del foro es que como regla general habrá una coincidencia *forum-ius*, significando ello que los tribunales aplicarán su propia ley nacional. En consecuencia, supondrá un ahorro en todos los aspectos del proceso (no habrá de probarse el Derecho extranjero, no se aplicarán normas extranjeras que normalmente serán menos conocidas por el tribunal, etc.). Todo apunta a que la actividad jurisdiccional que desarrolle el tribunal será de mayor calidad al aplicar su propio Derecho que si aplica el extranjero.

**34.** En suma, la *prorogatio fori* no resulta aplicable a la sentencia que se analiza, sin embargo, ha podido comprobarse que es un instrumento útil y necesario que fomenta y favorece la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de la voluntad de las partes, siempre limitada por la protección del menor.

#### 4. Conclusiones

**35.** Esta sentencia es una prueba más de que el Derecho internacional privado sigue siendo una rama del ordenamiento jurídico parcialmente desconocida para un porcentaje destacable de los operadores jurídicos. El desconocimiento del Derecho internacional privado, y el sistema de fuentes de Derecho internacional privado en este caso implica inevitablemente la ignorancia de una parte esencial del ordenamiento jurídico español.

**36.** Es preciso no dejar de recordar que los reglamentos, directivas, decisiones y los convenios internacionales que España ratifique forman parte del ordenamiento jurídico español de igual manera que lo forma el Código civil. De hecho, podría afirmarse que despliegan una mayor importancia puesto que se aplican con preferencia a la normativa interna. Prueba de ello es la ya más que conocida sentencia Costa-Enel de 1964 en la que se garantizaba la superioridad del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales, siendo este una de las claves de bóveda para el camino que tenía por recorrer la UE.

**37.** El juez *a quo*, demuestra en el auto en el que declara su falta de competencia un desconocimiento severo de las fuentes de Derecho internacional privado. Un análisis más detenido encamina a que esta situación provoca una ralentización en el funcionamiento de los tribunales españoles a lo que se le debe añadir el estado de alarma que hemos vivido que ha congestionado aún más los tribunales de nuestro país. La clara manifestación de la ralentización es que ha sido necesario que la Audiencia provincial revoque el auto y declare competente al Juzgado de Primera Instancia, de otro modo, hubiese sido el juez *a quo* quien hubiese resuelto el litigio directamente sin ser necesaria la incoación de otro proceso. Este desafortunado escenario es fácilmente evitable a través de una formación apropiada y completa de los operadores jurídicos, incluyendo a los jueces y tribunales españoles.

**38.** Es cierto que la Audiencia Provincial manifiesta un conocimiento más elevado de las fuentes de Derecho internacional privado, y puede señalarse que el resultado al que dirigen sus conclusiones son acertadas, sin embargo, yerra, como se refirió anteriormente, en declarar como aplicable el Convenio de la Haya de 1996.

**39.** No es, ni ha sido, infrecuente la resolución de litigios de Derecho internacional privado de forma equívoca en la que, por ejemplo, se confundía un problema de competencia con otro de reconocimiento, o en la que se escogía mal el convenio aplicable o la norma aplicable al caso concreto.

**40.** Hace ya bastante tiempo que el Derecho internacional privado tiene la importancia que merecía desde antaño. Han sido la interdependencia y la globalización las que han provocado un aumento de las relaciones jurídicas con aspectos transfronterizos. Y ello, ineludiblemente, ha significado un incremento del surgimiento de conflictos en las relaciones jurídico privadas que requerían para su resolución la aplicación de las normas de Derecho internacional privado. En esta conclusión descansa la gran importancia de contar con una adecuada formación es aspectos de esta rama del Derecho.

# EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL Y EL DERECHO DE DEFENSA EN EL EXEQUÁTUR DEL LAUDO ARBITRAL

## PUBLIC PROCEDURAL POLICY AND THE RIGHT OF DEFENCE IN THE EXEQUATUR OF THE ARBITRAL AWARD

CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES

*Doctoranda en Derecho por la Universidad de Murcia*

*Letrada colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 08.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6299>

**Resumen:** la situación de ausencia del demandado en un procedimiento puede deberse por múltiples causas y también producir varias consecuencias. En el auto del TSJ de Madrid la ausencia se produce en el procedimiento de exequátur, por lo que las consecuencias que de ello se derivan serán diferentes de las que se habrían producido de haber estado ausente durante el procedimiento ante el tribunal extranjero.

La excepción del orden público internacional en su vertiente procesal en conjunción con el derecho de defensa juega un papel esencial para otorgar o denegar el exequátur, pues el poder defenderse en juicio es un principio fundamental que está protegido, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, no toda limitación de este derecho es una violación automática del orden público internacional.

**Palabras clave:** orden público procesal, derecho de defensa, art. 24 Constitución Española, procedimiento de exequátur, denegación reconocimiento, laudo arbitral, resolución judicial, Ley de Cooperación Jurídica Internacional, Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Abstract:** the situation of absence of the defendant in a proceeding can be due to multiple causes and also produce several consequences. In the order of the TSJ of Madrid, the absence occurs in the exequatur procedure, so the consequences of this will be different from those which would have occurred if the defendant had been absent during the proceedings before the foreign court.

The exception of the international public policy in its procedural aspect in conjunction with the right of defence plays an essential role in granting or refusing the exequatur, because being able to defend oneself in court is a fundamental principle that is protected, both nationally and internationally. However, not every limitation of this right is an automatic violation of international public policy.

**Keywords:** Procedural public policy, right of defence, art. 24 Spanish Constitution, exequatur procedure, refusal of recognition, arbitral award, judicial decision, International Legal Cooperation Act, Civil Procedure Act.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho. II. Regulación de la denegación del reconocimiento del laudo. 1. La vulneración del derecho de defensa. A) En el procedimiento de arbitraje. B) En el procedimiento de exequátur. 2. La vulneración del orden público internacional en su vertiente procesal y el derecho de defensa. A) El derecho de defensa en Europa. B) El derecho de defensa en Derecho español. III. Conclusiones.

## I. Antecedentes de hecho

1. Las mercantiles “SIDDIQSONS TINPLATE, LTD”, de origen pakistaní, y “THE CENTURION TETRA, SL”, con nacionalidad española, acuden a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sita en París para resolver por vía arbitral el litigio surgido entre ambas. El 13 de junio de 2019 emite la Corte un laudo en el que se acuerda que hubo un incumplimiento de un contrato por parte de la mercantil española, pero que también lo hubo de otro por parte de la pakistaní. Como consecuencia de ambos incumplimientos se impusieron unas medidas para reestablecer o compensar las partes realizadas o sancionar por lo no realizado.

2. Se presenta por Siddiqsons ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid la demanda de reconocimiento de laudo o resolución arbitral extranjera, en la cual alegaba los hechos y fundamentos que estimó oportunos, y solicitó que se homologase el laudo a fin de reconocer la eficacia en España, para solicitar cuando procediese el despacho de ejecución.

3. Registrada la demanda se le da traslado a la demandada para que en el plazo de treinta días se personara y formulase escrito de contestación. Igualmente se le da traslado al Ministerio Fiscal, el cual evacuó un informe en el que, en base a las alegaciones que estimó oportunas, señaló la procedencia del reconocimiento del laudo a efectos de su validez en España por el correspondiente Juzgado Civil de Madrid que por turno de reparto correspondiese. Por su parte la demandada no presentó contestación ni se opuso.

4. Se señala para la deliberación y resolución el 27 de Octubre de 2020, el 9 de Noviembre de 2020 se dicta un auto por el que se concedía el reconocimiento.

## II. Regulación de la denegación del reconocimiento del laudo

5. En lo que respecta al supuesto que ocupa el presente comentario, se va a partir del hecho de que se dicta sentencia estimatoria del reconocimiento en España con ausencia del demandado en el proceso. Forma parte fundamental del sistema jurídico español el derecho de audiencia del demandado, según el cual todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces sin que se produzca indefensión, es lo que tradicionalmente se conoce como ser oído y vencido en juicio. Este principio se encuentra consagrado en el art. 24 de la Constitución Española (CE en adelante) y se incluye dentro del entramado del orden público internacional procesal del que se hablará más adelante, por constituir el derecho de defensa de cualquier sujeto.

6. Antes de examinar con mayor atención esta cuestión, hay que tener claro cuáles son las normas que van a regular este tema. Por ello, en primer lugar hay que acudir a las normas internacionales a las que España se ha adherido, por lo que forman parte de su ordenamiento jurídico, donde aparece el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, realizado en Nueva York en 1958 (CNY en adelante)<sup>1</sup> y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (CG en adelante)<sup>2</sup>.

7. Sobre el reconocimiento el CG guarda silencio absoluto, pero no así el CNY. En él el art. V regula las causas de denegación del reconocimiento o ejecución del laudo arbitral, que se dividen en dos: el primer apartado son las causas oponibles por las partes; y el segundo, las causas apreciables de oficio, entre las que se encuentra la excepción de orden público internacional. Entre las causas que se pueden invocar por las partes está el hecho de no haber podido hacer valer los medios de defensa. En concreto, el art. V.1.b) establece como causa de denegación del reconocimiento el que la parte contra la

<sup>1</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>2</sup> Traspuesto en España en el BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975, págs. 20985 a 20988. (Ref. BOE-A-1975-20601).

que se invoca la sentencia arbitral no ha podido hacer valer sus medios de defensa por cualquier razón en el procedimiento arbitral. Es decir, se produjo alguna circunstancia en el proceso arbitral por el que se vio impedido de realizar las actividades necesarias para su defensa.

8. Dentro de la legislación emanada de los poderes nacionales, es la Ley 60/2003 de Arbitraje (LA en adelante)<sup>3</sup> la encargada de regular cualquier cuestión relativa al arbitraje y sus vicisitudes en España. El Título IX, formado únicamente por el art. 46, es el encargado de regular el exequátur de los laudos extranjeros. El apartado primero define qué se entiende por laudo extranjero y el segundo qué norma regirá el exequátur de los laudos extranjeros, y lo hace mediante la remisión al CNY. No obstante lo anterior, añade que el procedimiento para el reconocimiento se sustanciará mediante las normas procesales civiles existentes para el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Por tanto, encontramos aquí una remisión a las normas civiles generales y especiales en la materia de reconocimiento de sentencias extranjeras para determinar qué procedimiento será el que habrá de seguirse.

9. Mediante esa remisión la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante)<sup>4</sup> adquiere la competencia para establecer el procedimiento a seguir en este caso. El art. 523 versa sobre la ley aplicable al procedimiento. En especial, el apartado primero indica que *“Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional”*. Añade el apartado segundo que en cualquier caso la ejecución se llevará a cabo conforme a las disposiciones de la LEC, salvo que los Tratados internacionales vigentes en España dispusieran otra cosa.

10. A modo de resumen, son varias las leyes que tratan el arbitraje, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y el procedimiento a seguir, todas coinciden en el hecho de que el orden público internacional prima y debe ser protegido en aquellos casos en los que el reconocimiento de un laudo extranjero vulnera un principio fundamental del Derecho del país receptor, en el supuesto tratado, se trataría del Derecho español. Hay que recalcar que se trata de una cláusula excepcional para casos extraordinarios en los que se produce tal vulneración, por lo que su aplicación no es aleatoria sino que responde a la observancia de unas causas concretas. Además, completa el CNY en el art. V.1.b) que la vulneración de los derechos de defensa también son causa de denegación del reconocimiento, aunque esa vulneración debe haberse producido en el procedimiento arbitral, por lo que guarda silencio sobre qué ocurriría si la rebeldía se produce en el proceso de homologación en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero.

## 1. La vulneración del derecho de defensa

### A) En el procedimiento de arbitraje

11. El art. V.1.b) CNY señala que se podrá denegar el reconocimiento o exequátur cuando *“(…) la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa”*. Por ello se hace necesario dar un paso atrás y estudiar qué ha sucedido en el procedimiento arbitral y si se ha dictado o no en ausencia del demandado. Más adelante se hablará del derecho de defensa con más profundidad, por lo que basta decir aquí que éste es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, debe apreciarse en todo procedimiento, ya sea judicial o extrajudicial, con la particularidad de que su extensión puede limitarse, pero siempre de forma justificada.

<sup>3</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>4</sup> Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Ref. BOE-A-2000-323).

12. Sin embargo, aunque se puede limitar, debe dársele la oportunidad al demandado para que haga uso de este derecho. Para ello, primero se debe notificar a la parte sobre la existencia de un procedimiento. Es por ello que el no haber sido notificado, o no haberlo sido debidamente, es considerado una vulneración del derecho de defensa, pues si no se tiene conocimiento de la existencia de algo en su contra, difícilmente podrá la parte personarse y actuar. A pesar de la importancia que reviste el hecho de la notificación, el CNY no establece la forma en que debería hacerse o cuáles serían los mínimos necesarios que deben aparecer para considerar que se ha intentado realizar esa notificación.

13. Puesto que nada dice el CNY sobre la notificación, habría que acudir a la Ley aplicable elegida por las partes o, en su defecto, a la ley de la sede del tribunal arbitral, la cual sería la aplicable en ausencia de acuerdo por las partes<sup>5</sup>. Como nada se dice en el auto sobre qué ley fue la elegida por las partes para regular el procedimiento arbitral, se va a suponer que la elegida fue la de la sede arbitral.

14. La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional cuenta con un reglamento<sup>6</sup>, por lo que se va a suponer que, puesto que fue la sede de arbitraje, también fueron las reglas a las que se sometió el procedimiento de arbitraje. En este reglamento se dispone, entre otras cuestiones, el régimen de notificaciones a seguir. Más específicamente, el artículo 3<sup>7</sup> apartado 2 señala que todas las notificaciones se harán a la última dirección conocida de la parte o de su representante. Además, prosigue el precepto con la enumeración de los medios válidos para realizar la notificación, tales como entrega contra recibo, correo certificado, mensajería correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación que deje constancia de su envío. En cualquier caso, debe quedar constancia de haberse realizado dicha notificación.

15. Para poder decidir si la notificación se hizo o no conforme a Derecho, el tribunal que conozca del exequátur deberá hacer un doble examen. Por un lado, el juzgador debe analizar las normas procesales del Estado donde se localice la sede arbitral, relativas a la forma de las notificaciones; y, por otro lado, deberá estudiar cómo se ha realizado la notificación en función de las normas del Estado de destino.<sup>8</sup> Una vez realizado el control de la forma de la notificación, es necesario comprobar que además se hizo de manera que el demandado tuvo tiempo suficiente para defenderse. Y es que no basta con que se haya evidenciado que la notificación fue correcta, todavía podrá negarse el reconocimiento de esa resolución si el demandado no dispuso de tiempo suficiente para defenderse. *“Esta segunda condición tiene un carácter fáctico, pues el juez requerido deberá apreciar si atendiendo a las circunstancias con-*

---

<sup>5</sup> En este sentido el art. V.1.d) CNY establece como causa de denegación del reconocimiento o exequátur del laudo arbitral extranjero el *“Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”*. Mediante esta dicción el precepto pone de manifiesto que en ausencia de Ley elegida por las partes, posibilidad otorgada gracias a la autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral, se estará a lo dispuesto en la ley del país donde se ha realizado el arbitraje, también llamada ley de la sede arbitral.

<sup>6</sup> <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf>

<sup>7</sup> **Article 3: Written Notifications or Communications; Time Limits:** *“1) Save as otherwise provided in Articles 4(4)(b) and 5(3), all pleadings and other written communications submitted by any party, as well as all documents annexed thereto, shall be sent to each party, each arbitrator, and the Secretariat. Any notification or communication from the arbitral tribunal to the parties shall also be sent in copy to the Secretariat. 2) All notifications or communications from the Secretariat and the arbitral tribunal shall be made to the last address of the party or its representative for whom the same are intended, as notified either by the party in question or by any other party. Such notification or communication may be made by delivery against receipt, registered post, courier, email, or any other means of telecommunication that provides a record of the sending thereof. 3) A notification or communication shall be deemed to have been made on the day it was received by the party itself or by its representative, or would have been received if made in accordance with Article 3(2). 4) Periods of time specified in or fixed under the Rules shall start to run on the day following the date a notification or communication is deemed to have been made in accordance with Article 3(3). When the day next following such date is an official holiday, or a non-business day in the country where the notification or communication is deemed to have been made, the period of time shall commence on the first following business day. Official holidays and non-business days are included in the calculation of the period of time. If the last day of the relevant period of time granted is an official holiday or a nonbusiness day in the country where the notification or communication is deemed to have been made, the period of time shall expire at the end of the first following business day.”*

<sup>8</sup> N. MARCHAL ESCALONA. *Garantías procesales y notificación internacional*, Comares, Granada, 2001, pp. 327 y 328 y ss.

*cretas del caso el demandado tuvo tiempo suficiente para preparar su defensa y llevarla a cabo<sup>9</sup>; con tal objeto incluso podría tomar en consideración circunstancias posteriores a la notificación<sup>10</sup>. De esta manera, una resolución en el Estado de origen sobre el primero de los requisitos -notificación regular- no dispensa al Juez requerido de la obligación de proceder al examen del segundo requisito, incluso si dicha resolución fue dictada en un procedimiento contradictorio distinto<sup>11</sup>”<sup>12</sup>.*

**16.** Sin embargo, es posible que esta ausencia se deba a otros motivos inherentes al comportamiento de una de las partes y no a una deficiencia en la notificación. En estos supuestos es el art. 25 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>13</sup> el encargado de resolver la cuestión de qué ocurriría en este caso. Como dice el precepto, si la rebeldía es del actor que inicia el arbitraje, el procedimiento se dará por concluido. Por el contrario, si esa rebeldía es de la contraparte, “(...) *el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante*”. Así pues, se continuarán las actuaciones incluso en ausencia del demandado.

**17.** Esto presenta diversas cuestiones, “(p)or un lado, *esta disposición faculta al tribunal arbitral para continuar con el procedimiento a pesar de la rebeldía del demandado, pero por otra parte, prohíbe a los árbitros dictar un laudo favorable al reclamante automáticamente. En otras palabras, el tribunal arbitral no tiene permitido elaborar conclusiones negativas debido a la inactividad del demandado.*”<sup>14</sup>. Se abren así serias dificultades para el árbitro, que deberá resolver la cuestión sin parcialidades, aunque sólo obtenga información unilateral.

## **B) En el procedimiento de exequátur**

**18.** Todo lo anterior es aplicable cuando la rebeldía se produce en el procedimiento de origen, pero cuestión distinta es qué ocurre cuando la ausencia del demandado aparece en el procedimiento de reconocimiento. Tal y como se ha dicho, el régimen de denegación de reconocimiento previsto en el CNY es de aplicación cuando la resolución que se pretende reconocer se dictó con ausencia del demandado pero sólo cuando esta ausencia fueron por causas no imputables a la parte, pues de ser una rebeldía voluntaria el procedimiento continuaría su cauce normal. Para saber qué sucede cuando esa ausencia se produce en el procedimiento de reconocimiento o exequátur habrá que acudir a otras leyes.

**19.** Al hablar sobre la regulación aplicable a la denegación del reconocimiento, se ha puesto de manifiesto que el CNY no contiene ninguna norma sobre el procedimiento a seguir y que la LA se remite a las leyes procesales civiles. Esa remisión lleva hasta la LEC, donde el art. 523 LEC es el encargado de regular la ley aplicable al procedimiento de los títulos ejecutivos en España. El primer apartado se remite a lo contenido en tratados internacionales y disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional, y el apartado segundo indica que en todo caso se aplicarán las disposiciones contenidas en ella para la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros y, por remisión de la LA, también de los laudos extranjeros.

<sup>9</sup> STJCE de 16 de junio de 1981, asunto C-166/80, *Klomps c. Michel* (Rec. 1981 -01593)

<sup>10</sup> STJCE de 11 de junio de 1985, asunto C-49/84, *Leon Emile Gaston Carlos Debaecker and Berthe Plouvier v Cornelis Gerrit Bouwman* (Rec. 1985 -01779)

<sup>11</sup> STJCE de 16 de junio de 1981, asunto C-166/80, *Klomps c. Michel* (Rec. 1981 -01593)

<sup>12</sup> 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 de Bruselas”. *Revista electrónica de estudios internacionales*. 2016. Págs. 1-38. DOI: 10.17103/reei.32.02

<sup>13</sup> <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

<sup>14</sup> N. SIEVI. “Enfrentando al demandado en rebeldía: un reto para los árbitros y el reclamante”. Traducción de D. S. AGUIRRE ROSAS. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*. Nº 1. Vol. 3. Año 2015. Págs. 254-271. ISSN: 2007-7440.

**20.** La norma de cooperación jurídica en España es la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI en adelante)<sup>15</sup>. Antes de continuar, hay que explicar que si bien el reconocimiento y el exequátur son figuras jurídicas distintas con consecuencias diferentes, la LCJI engloba ambos términos bajo el nombre de “procedimiento de exequátur”. Lo que la parte actora insta es el reconocimiento del laudo arbitral, pero en el auto lo que se concede es el exequátur. En este sentido el art. 42 expone que el “*procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución se denominará procedimiento de exequátur*”. Por ello, aunque el título de este apartado se titula “procedimiento de exequátur”, en realidad se habla del reconocimiento, que fue lo que instó la actora.

**21.** M. Gómez Jene<sup>16</sup>, en su comentario al anteproyecto de la LCJI, pone de manifiesto que el nuevo procedimiento de exequátur que instauró el legislador en la LCJI, y que sustituye al contenido en la LEC 1881, es de aplicación únicamente a las resoluciones judiciales. Por ello, continua el autor, no se tuvo en cuenta que también se aplicará al exequátur del laudo arbitral extranjero y, como consecuencia, los artículos relacionados con este procedimiento deberán reinterpretarse para su correcta aplicación al reconocimiento del laudo.

**22.** El artículo encargado de regular el procedimiento de reconocimiento es el 54. En él se contienen las reglas necesarias para determinar los pasos a seguir para poder reconocer la sentencia arbitral. El apartado 4 añade los documentos que se tendrían que acompañar junto con la demanda de solicitud de ejecución, en especial el subapartado b) señala que se debe acompañar del “(...) *documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente*”. Se pone de manifiesto la importancia ya señalada con anterioridad, de que esa rebeldía fuese por una notificación deficiente y no por la voluntad del demandado.

**23.** El art. 496 LEC<sup>17</sup> trata la declaración de rebeldía y establece que ésta no se considerará en ningún caso allanamiento o admisión tácita de los hechos. En este sentido, “*conviene recordar que la falta de contestación en tiempo a la demanda o la declaración de rebeldía no equivalen en ningún caso al allanamiento ni suponen reconocimiento de hechos, ni confesión, ni acarrear una “poena probati” para el demandado, teniendo que probar el actor igualmente los fundamentos de sus alegaciones, en definitiva, pues, la extemporaneidad o la falta de la contestación únicamente producen un efecto preclusivo respecto a la misma y sólo suponen la pérdida de esa posibilidad procesal, lo que no impide que el demandado comparezca en cualquier momento pudiendo proponer prueba, intervenir en la de la actora, recurrir etc, en definitiva, realizar cualquier actuación procesal en su defensa siempre que no haya precluido el momento procesal para hacerlo. Tal preclusión produce dos consecuencias: a) precluye la posibilidad de oponer excepciones, no sólo las procesales, sino también aquellas otras configuradoras de hechos extintivos, impeditivos, excluyentes o modificativos de la pretensión del actor (que, no obstante, mantiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la misma) y b) tampoco podría proponer otras pruebas que aquellas que pudieran afectar a los “hechos” de la demanda.*”<sup>18</sup>

**24.** Se pueden extraer de todo lo anterior a modo de resumen dos ideas. La primera y principal es que la rebeldía no se puede considerar allanamiento o aceptación de los hechos; la segunda es la consecuencia que va a tener la ausencia del demandado en el proceso. De un lado, la preclusión de los plazos procesales para ejercitar sus derechos de defensa y, por otro lado y como consecuencia de la precedente,

<sup>15</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015. Ref. BOE-A-2015-8564).

<sup>16</sup> M. GÓMEZ JENE. “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”. *Diario La Ley*. ISSN 1989-6913, nº 8388, 30 de septiembre 2014. Págs. 2-7.

<sup>17</sup> **Art. 496 LEC:** “1. *El Letrado de la Administración de Justicia declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal.* 2. *La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.*”

<sup>18</sup> SAP Barcelona 202/2021, de 31 de marzo de 2021. ECLI:ES:APB:2021:3270

la pérdida de oportunidad de que el juez valore y pueda llegar a desestimar la demanda presentada contra él, en este caso sería la demanda de exequátur.

25. Una vez explicada las distintas consecuencias que tiene la ausencia del demandado en el procedimiento arbitral y en el de reconocimiento se puede volver al auto objeto de este estudio. En los antecedentes nada se dice si el laudo se dictó con ausencia o no de la parte demandada, pero sí en el procedimiento de reconocimiento. Tal y como se ha expuesto, el hecho de que la ausencia se produjese en el proceso para solicitar el reconocimiento, no supone nada más allá que la preclusión de los plazos para poder ejercitar su derecho de defensa. Por ende, el tribunal que resolvió el reconocimiento lo hizo correctamente.

## 2. La vulneración del orden público internacional en su vertiente procesal y el derecho de defensa

26. El orden público internacional es una excepción cuya aparición constituye elemento clave para aceptar o denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, en este caso, del laudo arbitral extranjero. Es un concepto jurídico indeterminado, dotado de contenido por los propios países en base a su moral, principios generales y normas imperativas nacionales, por lo que los conceptos que incluye podrán variar de un Estado a otro<sup>19</sup>. Aunque su nombre contenga la nomenclatura de “internacional” en realidad es de corte nacional<sup>20</sup>, pues cada Estado cuenta con sus propios principios y normas imperativas, las cuales constituyen el objeto de protección de esta excepción. Por tanto, cada país tiene su propio orden público internacional y deviene “internacional” porque se activa cuando se introduce una ley extranjera en el país cuyos tribunales conocen del asunto, los cuales deben garantizar la cohesión jurídica de su sociedad. Además, esta noción se divide a su vez en otros dos que son el orden público internacional material y el orden público internacional procesal.

27. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio<sup>21</sup> define ambas vertientes en base a reiterada jurisprudencia. Por un lado, el orden público internacional material está integrado por “*el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 157/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero)*”. Por su parte, define el orden público internacional procesal como “*el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal*”. Si bien es cierto que ambas definiciones constituyen un concepto bastante amplio que abarca un gran número de supuestos, también lo es que no se trata de una excepción de fácil aplicación y justificación. Todo ello en aras al fomento de la libre circulación de resoluciones extranjeras por el espacio europeo.

### A) El derecho de defensa en Europa

28. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante)<sup>22</sup> protege el derecho de todo ciudadano a un proceso equitativo. El precepto se divide en 3 subapartados, donde el

<sup>19</sup> L.A. LÓPEZ ZAMORA. “Comentarios Sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2018. Vol 10, nº 2. Pág. 526.

<sup>20</sup> A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “*Derecho Internacional Privado. Volumen I*”. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014.

<sup>21</sup> STC 46/2020, de 15 de junio. ECLI:ES:TC:2020:46

<sup>22</sup> **Art 6 CEDH: “Derecho a un proceso equitativo 1.** *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes*

primero indica que todo ciudadano tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable y, el tercero, que tiene derecho a que se le informe de la acusación formulada contra él dentro de un plazo razonable para poder preparar su defensa y poder defenderse a sí mismo o por medio de representante, entre otros derechos

**29.** Queda patente la importancia que tiene el derecho de defensa para la Unión Europea (UE en adelante), pues comporta uno de los Derechos Fundamentales que protege. Éstos forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto lo garantiza el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE en adelante)<sup>23</sup>. Están inspirados tanto en las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados, así como por las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos, en los cuales han cooperado los Estados en su formulación o se han adherido, como es el CEDH.

**30.** No hay que confundirse y pensar que el orden público internacional forma parte de estos principios generales. Es más bien al contrario, pues los principios generales forman parte del orden público internacional. Como si de una montaña se tratase, las piedras que están en la base son los principios generales del Derecho y las normas imperativas de un Estado y, conforme se va subiendo en la montaña, hay conceptos más específicos y concretos de ese Estado. Y es que el contenido que tiene orden público internacional es creado por cada Estado, son conceptos nacionales<sup>24</sup> aplicados a situaciones internacionales, por lo que lo comprendido dentro del orden público internacional puede ser distinto en función del país que lo aplique. Sin embargo, y aunque sean los Estados quienes decidan qué incluir dentro de este concepto, será el TJUE el encargado de determinar los límites dentro de los cuales los tribunales nacionales van a poder denegar el reconocimiento de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado<sup>25</sup>, pues no hay que olvidar que se trata de una excepción, y por ende no puede aplicarse indiscriminadamente. Pero la intervención del TJUE también está condicionada, ya que depende de si se aplica normativa europea o no.

**31.** Puesto que es el TJUE el encargado de establecer los límites de actuación del orden público internacional, el resto del epígrafe se desarrollará siguiendo lo dicho por él, esencialmente en la STJUE *Krombach*, referente por antonomasia del tema tratado. En ella el TJUE indica que los tribunales no podrán hacer uso de la excepción del orden público internacional de manera discrecional para denegar el reconocimiento o ejecución de cualquier resolución extranjera, por el mero hecho de existir una divergencia de norma jurídica entre la que aplicó el tribunal de origen y la que habría aplicado el tribunal al que se le pide el reconocimiento. No hay que olvidar que el procedimiento de exequátur no es otra instancia<sup>26</sup>, por lo que el tribunal encargado de conceder o denegar el exequátur no podrá entrar a conocer sobre el fondo del asunto o hacer valoraciones del contenido o motivación, únicamente podrá decir si esa resolución, o laudo, es o no contraria al orden público internacional del país y, por tanto, si lo reconoce o no.<sup>27</sup>

---

*en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”*

<sup>23</sup> STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164

<sup>24</sup> A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “*Derecho Internacional Privado. Volumen I*”. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014.

<sup>25</sup> STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164

<sup>26</sup> M. GÓMEZ JENE, “*Arbitraje Comercial Internacional*”. Ed. Civitas. 2018.

<sup>27</sup> En este sentido, en sede de anulación del laudo, el Tribunal Constitucional ha recordado en su STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021, *Larios* (ECLI:ES:TC:2021:17) que el Tribunal no puede entrar a valorar el contenido del laudo. El amparo trae causa de una sentencia dictada por el TSJ de Madrid, al que se le solicitaba la nulidad de un laudo de disolución de sociedad

**32.** De todo lo hasta aquí dicho que puede llegar a varias conclusiones. La primera es que el derecho de defensa está reconocido y protegido por el CEDH. La segunda que, puesto que los principios generales europeos se inspiran en instrumentos internacionales en los que participan los Estados, como fue el caso del CEDH, el derecho de defensa se encuentra dentro de ellos, por lo que su observancia debe darse en todo proceso y en todos los países. Y, finalmente, que el TJUE garantiza que se respeten tales principios. Por ende, el derecho de defensa debe protegerse y garantizarse en todos los procesos y su inobservancia podría dar lugar a una vulneración del orden público internacional.

**33.** Con anterioridad se ha puesto de manifiesto la importancia que tiene la STJUE *Krombach* en relación con el derecho de defensa y su interpretación, así como que el presente apartado se iba a inspirar en lo establecido en ella. Así pues, es necesario hacer un alto cuando el TJUE cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante), ya que éste dice que “*ha declarado repetidamente en materia penal que, aunque no sea absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, en su caso nombrado de oficio, figura entre los elementos fundamentales del proceso justo y que un acusado no pierde tal derecho por el mero hecho de no estar presente en los debates*”.

**34.** Es necesario resaltar las palabras del TEDH en este aspecto, pues al hablar del derecho de defensa indica que “*no [es] absoluto*”. No debe malinterpretarse y pensar que puede no aparecer el derecho de defensa en un proceso y no haber vulneración del orden público internacional. En absoluto es así, pues el derecho a la defensa siempre existe, a lo que el tribunal se refiere es que pueden haber ocasiones en las que esté justificado no dar audiencia al demandado, sin que ello comporte ningún tipo de atentado contra los derechos de defensa inherentes al proceso. Efectivamente, hay ocasiones en las que puede ser incluso el propio tribunal el que impida al demandado, por cualquier motivo, comparecer en juicio y ello no será una vulneración del orden público internacional.

**35.** Esto encuentra su plasmación en la STJUE *Trade Agency* donde el tribunal expone que “*(...), el Tribunal de Justicia ya ha declarado sobre este particular que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones, siempre que respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por las medidas de que se trate y no constituyan, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados*”<sup>28</sup>. En idéntico sentido la STJUE *Gambazzi*, pues explica que “*Es cierto que no cabe concebir los derechos fundamentales, como es el caso del respeto del derecho de defensa, como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones. No obstante, estas últimas deben responder efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados.*”<sup>29</sup>

**36.** Así pues, el derecho de defensa es un principio general reconocido en múltiples instrumentos tanto nacionales como internacionales, como por ejemplo en el CEDH. No obstante, existen supuestos en los que puede limitarse, en el sentido de no ser necesario dar audiencia a la parte. Pueden haber situaciones en las que una de las partes no comparezca y aun así no ver vulnerado su derecho de defensa, sin que ello derivase una enervación del orden público internacional. No obstante, los casos en que se pueda privar a una de las partes de su derecho de defensa tienen que responder a fines muy específicos y

---

por considerarlo una de las partes contrario al orden público. En su sentencia el TJUE consideraba que el laudo dictado “*(...) no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de la sociedad*”. Sin embargo, el TC expone en esta sentencia que “*la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitralidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje*”.

<sup>28</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, asunto C619/10. ECLI:EU:C:2012:531

<sup>29</sup> STJUE de 2 de abril de 2009, *Gambazzi*, asunto C394/07. ECLI:EU:C:2009:219

estar muy bien justificados, para que no constituyan un menoscabo de los derechos garantizados y evitar que el tribunal haga uso de esta posibilidad de manera arbitraria.

## B) El derecho de defensa en Derecho español

37. El derecho de defensa se encuentra reconocido en la Constitución Española<sup>30</sup>, en particular el art. 24<sup>31</sup> plasma el derecho que tienen los ciudadanos a defenderse en juicio. Esto se traduce en que este derecho también cuenta con gran relevancia en el ordenamiento jurídico español, en tanto en cuanto se encuentra protegido por la Norma Fundamental del Estado. Aunque todos los organismos públicos están sujetos a la CE, así como los particulares, es el Tribunal Constitucional (TC en adelante) el encargado de interpretar y asegurarse que se cumple lo contenido en la CE, cuando así se le pida a través del recurso de amparo.

38. Al igual que se ha hecho en el epígrafe anterior, donde se ha seguido la interpretación del concepto “derecho de defensa” dada por el TJUE por ser éste el encargado de establecer los límites del orden público y su intervención, en el caso español se van a seguir las pautas dadas por el Alto Tribunal en diversas sentencias para explicar la interpretación que recibe este derecho dentro de nuestro sistema. Para ello hay que comenzar con la mención de la sentencia del TC 132/1991<sup>32</sup>, donde el tribunal establece en relación con el procedimiento de exequátur de sentencia extranjera que “(...), *aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente (...). El orden público del foro ha adquirido, así, un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, (...), por las exigencias que impone el art. 24 CE*”.

39. De esta manera el TC asienta la base sobre la que se construye el concepto de orden público dentro del territorio español. Éste se activará, entre otros, en los procesos de reconocimiento de resoluciones extranjeras cuando éstas sean contrarias al contenido de la CE, ya que en ella se incluyen los derechos fundamentales y libertades públicas de la sociedad española. Pero continúa el tribunal y dice que “*Estas exigencias suponen que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, ha de tener en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 CE y ha de comprobar si, al dictarse la resolución cuya ejecución se solicita, se han respetado las citadas garantías*”.

40. Si se va de atrás para adelante se pueden extraer las siguientes ideas. En primer lugar, el juez requerido para otorgar el exequátur no puede entrar a decidir sobre el fondo de la cuestión o si la resolución ha sido más o menos acertada, únicamente puede comprobar que se han respetado los principios generales y normas imperativas que constituyen la base del sistema jurídico español. Esta necesidad de ajustarse a Derecho incluye tanto las normas procesales, los requisitos de forma que deben observarse en el proceso y en la resolución, como las normas materiales de carácter imperativo o esencial y su no vulneración. En segundo lugar, esas consideraciones procesales van a suponer el límite básico y esencial

<sup>30</sup> Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Ref. BOE-A-1978-31229).

<sup>31</sup> **Art. 24 CE:** “1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*”

<sup>32</sup> STC 132/1991, de 17 de junio de 1991. BOE núm. 162, de 8 de julio de 1991. ECLI:ES:TC:1991:132

que debe respetarse y que constituyen el contenido del orden público internacional. Y ese contenido, tercera idea, está plasmado en la CE.

41. Si se prosigue la línea de interpretación del art. 24 CE que hace el TC, se encuentra que “*La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción.*”<sup>33</sup>

42. Pero añade además que la indefensión “*no nace, (...), de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe.*”<sup>34</sup> Por tanto, la privación de alguno de los derechos contenidos en el art. 24 CE no constituye directamente una infracción constitucional ni una vulneración del orden público internacional. Es más, no se producirá indefensión del interesado cuando éste haya actuado con impericia o negligencia y no haya hecho uso de sus posibilidades de defensa, ignorando los remedios hábiles de que dispone para hacer valer sus intereses y cooperando al menoscabo de su posición procesal, incluso aunque exista quebrantamiento de la legalidad procesal por parte del juzgador<sup>35</sup>.

43. De todo lo hasta aquí dicho se puede extraer que efectivamente el derecho de defensa está garantizado en la CE y se intenta garantizar en todos los procesos jurisdiccionales. Sin embargo, no todo quebrantamiento procesal deriva en una infracción constitucional y vulneración del orden público internacional, sino que hay veces en las que éste no constituye una transgresión de la Constitución y, por ende, del orden público internacional.

44. De vuelta nuevamente al supuesto tratado en el presente comentario hay que decir que la ausencia del demandado no ha constituido una vulneración de su derecho de defensa. Tal y como se ha expresado en el epígrafe anterior, la incomparecencia del demandado parece que fue voluntaria, pues no hace mención el auto a ningún intento fallido de notificación del procedimiento. Es por ello que no constituye una enervación o limitación del derecho que tiene toda persona a defenderse en juicio. Cosa distinta habría sido que el propio tribunal hubiese decidido no escuchar lo que tuviese que decir la demandada o que hubiera limitado su actuación en el proceso, en cuyo caso debería haber una motivación que justificase su decisión.

### III. Conclusiones

45. Se debe partir de la correcta actuación del tribunal a la hora de continuar el procedimiento incluso con la incomparecencia de la parte demandada. Sin embargo, la situación habría sido distinta si esa ausencia se hubiese producido por causas distintas a la voluntad del demandado o hubiese ocurrido en un paso anterior, concretamente en el procedimiento arbitral. Y es que la presencia o ausencia del demandado en un procedimiento puede tener distintas consecuencias jurídicas. El cuándo surge esa ausencia también tiene una gran relevancia, pues no es lo mismo que se dé en un procedimiento ordinario que en uno de exequátur, ya que las consecuencias que se van a derivar de uno u otro serán diferentes. Gracias al supuesto tratado en el auto del TSJ de Madrid, se ha podido abordar la relación que tiene el

<sup>33</sup> STC 89/1986, de 1 de julio de 1986. BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986. ECLI:ES:TC:1986:89

<sup>34</sup> STC 102/1987, de 17 de junio de 1987. BOE núm. 163, de 9 de julio de 1987. ECLI: ES:TC:1987:102

<sup>35</sup> STC 109/1985, de 8 de octubre de 1985. BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985. ECLI:ES:TC:1985:109

derecho de defensa con las distintas instancias, los resultados a los que se puede llegar y en qué momentos debe aparecer el orden público para preservarlo frente a injerencias por parte de los tribunales. Por ello, del supuesto estudiado se pueden extraer varias reflexiones.

Primera. El orden público internacional es el límite con el que cuentan los tribunales para denegar una resolución o laudo arbitral extranjero. El problema surge cuando se intenta decidir qué es lo que se comprende dentro de él, pues al ser un concepto jurídico indeterminado no hay una lista tasada de supuestos cuya comisión conlleve a una violación del orden público internacional. Además, a pesar de tener el término “internacional”, es un concepto de formulación nacional, por lo que son los propios Estados los que decidan qué va a estar incluido en ese concepto, qué es fundamental y básico en su país y cuándo una enervación de esos principios va a causar la aparición de la excepción de orden público para poder denegar el exequátur.

Segunda. En el Derecho actual de todos los Estados civilizados el derecho de defensa es un derecho esencial, inherente a todo proceso y que debe garantizarse. Su inobservancia podría ser motivo suficiente para activar la excepción de orden público internacional en su vertiente procesal, lo que deriva en no reconocer una resolución o laudo arbitral extranjero. Pero esto no es así del todo, pues hay circunstancias en las que los tribunales pueden limitar este derecho y ello no produciría un quebrantamiento de los derechos fundamentales. Esto es así para evitar actuaciones dolosas por parte del demandado, por lo que hay que estudiar muy bien el caso que se presenta para decidir si se puede aplicar o no el orden público internacional en su vertiente procesal como motivo para denegar el reconocimiento, porque éste no deja de ser una excepción y no una prerrogativa de los tribunales para denegar la transposición de toda aquella resolución que intente entrar en el país y que no sea de su agrado.

Tercera. El propio TJUE ha apreciado en diversas ocasiones momentos en los que se ha modulado a una parte su derecho de defensa por parte de un tribunal, sin constituir ésta una privación total sino más bien una limitación. Podrá la parte seguir ejercitando otros medios de defensa, pero no la comparecencia en juicio y ello no supone ningún perjuicio de su derecho. La misma línea de pensamiento es compartida por el TC español al decir que no toda infracción procesal va a ser determinante de una indefensión, sino que para que se produjese tendría que haber una privación total de cualquier medio de defensa posible. Ambos tribunales son coherentes, pues el derecho de defensa es un derecho fundamental, sí, pero eso no se convierte en un escudo tras el cual el demandado pueda esconderse y entorpecer el curso normal del proceso.

Cuarta. Si la ausencia del demandado se produce por una actuación malintencionada de éste, donde persiga obstaculizar el desarrollo del proceso y menoscabar los derechos de la contraparte, por supuesto que no merece protección por parte del orden público internacional. Porque de proporcionársele, se estaría abriendo una puerta a la oportunidad de esquivar el procedimiento original al que se debía haber sometido, y en el caso del arbitraje incluso que decidió, y después alegar que se produjo una violación de su derecho fundamental de defensa para intentar que no se reconozca esa resolución.

Quinta. Cuestión distinta es si esa ausencia se produjo por cualquier causa que no sea imputable a él, ya sea una mala notificación o no haberla realizado con tiempo suficiente. Ahora bien, si bien es cierto que estos supuestos sí supondrían una violación del derecho de defensa, también lo es que si el demandado tuvo conocimiento del proceso existente en su contra en cualquier momento, debería haber aparecido y ejercitado las acciones que todavía le quedasen y no quedarse impasible viendo el transcurrir del tiempo para después alegar la vulneración. De hacer esto segundo, el orden público internacional en su aspecto procesal no sería aplicable, pues volvería a existir una mala actuación por parte del demandado. En este caso se consideraría que existió una situación de rebeldía, con las consecuencias legales que de ello derivan. Para que la ausencia produzca un menoscabo del derecho de defensa, ésta debe ser por causas imputables únicamente al tribunal.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA  
CONOCER DE UNA DEMANDA RELATIVA A LA POTESTAD  
PARENTAL SOBRE UN MENOR RESIDENTE EN UN ESTADO  
NO MIEMBRO DE LA UE  
(SAP BARCELONA 2 DE NOVIEMBRE DE 2020)

JURISDICTION OF SPANISH COURTS OVER PARENTAL  
MEASURES CONCERNING A NON-EU RESIDENT MINOR

XABIER OBERGOZO MIGUEL

*Profesor asociado doctor de Derecho internacional privado  
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido: 16.06.2021 / Aceptado: 08.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6300>

**Resumen:** La sentencia objeto del presente comentario aborda la aplicabilidad del Reglamento Europeo 2201/2003 para atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro, España, en un caso en el que se solicita la guarda y custodia, además del ejercicio de potestad parental, sobre un menor residente en un tercer Estado (Bolivia).

**Palabras clave:** Reglamento 2201/2003, competencia judicial internacional, Guardia y custodia, Ejercicio de potestad parental

**Abstract:** In this case, the Court analyses the applicability of Council Regulation 2201/2003 to determine Spanish courts' jurisdiction in a custody case regarding a minor not domiciled in a member state (Bolivia).

**Keywords:** Council Regulation 2201/2003, international jurisdiction, custody/family law, Parental responsibility

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia. II. Reglamento (CE) 2201/2003 - Cuestiones introductorias. III. Protección del menor - Régimen general de competencia judicial del Reglamento (CE) 2201/2003. IV. La competencia residual del artículo 14 y la aplicación del Derecho interno. V. La nueva regulación de los foros de competencia residual en el Reglamento (UE) 2019/1111.

## I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia

1. En el presente caso se recurre una decisión de primera instancia en la que el tribunal -que sí se pronuncia en lo relativo a la contribución alimenticia a cargo del padre del menor- se considera, sin embargo, incompetente para deliberar sobre la potestad parental de un menor residente en un Estado no miembro de la Unión Europea, en este caso Bolivia, en aplicación del Reglamento 2201/2003<sup>1</sup>. La recurrente considera sin embargo que el instrumento internacional de aplicación al caso no es dicho reglamento europeo, sino el Convenio de La Haya de 1996<sup>2</sup>, en virtud del cual solicita a la AP que se le atribuya la potestad parental sobre el menor, su hijo. Cabe señalar que todo el proceso se desarrolla en rebeldía de la contraparte, y padre del menor.

2. La cuestión de mayor trascendencia jurídica en este caso supondrá por tanto determinar de acuerdo con qué instrumento de Derecho internacional privado vigente en España podrían considerarse competentes los tribunales españoles en el caso de responsabilidad parental sobre un menor nacional de un Estado no miembro y residente en dicho Estado.

3. Dilucidado este extremo podrá, en su caso, el tribunal analizar las pretensiones de fondo de la demanda, que se concretan en el supuesto que nos ocupa, en la declaración de la potestad parental de la demandante, residente en España, sobre su hijo, menor de edad residente en Bolivia. Esta potestad parental se encuentra de facto delegada en los abuelos del menor en dicho Estado no miembro.

4. Sobre la cuestión de fondo, la AP pone de manifiesto la ausencia del demandado (y padre del menor) en el procedimiento judicial y, además, en la vida del menor. Considera el tribunal acreditada la falta de interés del padre en la asunción de responsabilidad alguna, responsabilidad que parece haber asumido la madre del menor, recurrente en el procedimiento que nos ocupa.

5. El presente análisis se centrará en todo caso en el motivo de recurso relativo a la competencia judicial internacional, dado que la cuestión de fondo se resuelve en pura aplicación del Derecho interno, más concretamente los artículos 236-2 y 236-10 del Código Civil de Cataluña.

## II. Reglamento (CE) 2201/2003 – Cuestiones introductorias

6. El Reglamento 2201/2003 -Bruselas II-bis-, sustituido por el Reglamento Bruselas II-ter<sup>3</sup> en la actualidad, representa una de las más exitosas aproximaciones armonizadoras de Derecho procesal en el ámbito del Derecho de familia en la Unión Europea, trasladando a este ámbito jurídico la armonización legislativa posibilitada en materia civil y mercantil por el Convenio de Bruselas de 1968.

7. De entre las principales cuestiones controvertidas en relación con el reglamento<sup>4</sup> destaca quizá la necesaria de una noción autónoma de los conceptos más relevantes en aras a la aplicación de este instrumento europeo.

<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.

<sup>2</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.

<sup>3</sup> 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, vid. punto V del presente comentario.

<sup>4</sup> Extensamente tratadas en la doctrina, vid. entre otras: P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 21, diciembre 2014, N.º 21, pp. 5-22; T. KRUGER Y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, enero 2016; A. BERNARDO SAN

8. El propio concepto de “menor” no queda recogido en el texto, lo que puede generar algunas incógnitas en relación con los menores emancipados, a los que no se refiere el reglamento. Menores emancipados que, de acuerdo con la Comisión<sup>5</sup>, no deberían incluirse como menores a efectos de aplicación del reglamento, cuestión no pacíficamente aceptada por algunos autores<sup>6</sup>.

9. Asimismo, la noción de “responsabilidad parental”, delimitada en positivo y negativo en el artículo 1.1 y 1.2 del reglamento, ha sido recurrentemente sometida al TJUE<sup>7</sup>, lo que no debe sorprender en absoluto, siendo frecuente el sometimiento al Tribunal de Justicia de casuísticas concretas en relación con los ordenamientos nacionales que requieren de una delimitación acorde al concepto unificado del instrumento europeo en cuestión.

10. En todo caso, a efectos del presente comentario, devienen especialmente relevantes las cuestiones referidas a los criterios de determinación de la competencia judicial internacional a los que nos referiremos a continuación.

### III. Protección del menor - Régimen general de competencia judicial del Reglamento (CE) 2201/2003

11. Como se ha adelantado, la competencia de los tribunales españoles en un procedimiento de familia como el presente, referido a la potestad parental sobre un menor, será determinada -como acertadamente concluye la sentencia<sup>8</sup>- por el Reglamento Bruselas II-bis, que comparte vigencia en la materia en España con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y, subsidiariamente, con el artículo 22 *quater* LOPJ.

12. El citado reglamento europeo parte, en su artículo 8, de un criterio de competencia general basado en la residencia habitual del menor en un Estado miembro en el momento de sustanciación del litigio. La residencia habitual del menor condicionará igualmente la competencia en otros supuestos, como en cuestiones relativas al Derecho de visitas -art. 9- o en supuestos de retención ilícita del art. 10, que otorgan competencia sobre al asunto a los tribunales del lugar de residencia habitual “de origen” del menor.

13. Con todo, el concepto de “residencia habitual” del menor, como ocurría con las delimitaciones conceptuales citadas anteriormente, ha sido sometido a la interpretación del TJUE<sup>9</sup>. Concretamente, en los asuntos “UD”<sup>10</sup>, “Mercredi”<sup>11</sup>, “A”<sup>12</sup> y “C contra M”<sup>13</sup> el Tribunal europeo ha ofrecido

---

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, Nº 2, pp. 1243-1289.

<sup>5</sup> Vid. “Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II-bis”, Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, publicada el 20 de junio de 2016: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed>

<sup>6</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación...”, op. cit., p. 6.

<sup>7</sup> Vid., entre otras: Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, “C”, (ECLI:EU:C:2007:714) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, “A”, ECLI:EU:C:2009:225.

<sup>8</sup> Sentencia comentada, fundamento de Derecho segundo: “Es aplicable el Reglamento 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 ello aun cuando el menor no tenga su residencia habitual en un Estado miembro.”

<sup>9</sup> M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el tjeue del concepto de residencia habitual del menor recogido en el reglamento bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 30, julio 2020, pp. 470-495.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, “UD”, ECLI:EU:C:2018:835. Vid. comentario: G. BIAGIONI, “Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility Between Legal Certainty and Children’s Fundamental Rights”, *European Papers*, Vol 4, 2019, No 1, European Forum, Insight of 15 April 2019, pp. 285-295.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, “Mercredi”, ECLI:EU:C:2010:829. Vid. comentario de la sentencia por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII (2010), 2, pp. 251-255.

<sup>12</sup> Cit. supra.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2014, Asunto C-376/14 PPU, “C contra M”, ECLI:EU:C:2014:2268.

un concepto autónomo para todos los Estados miembros, recibiendo además atención por parte de la doctrina europea<sup>14</sup>.

14. Esta circunstancia, la residencia del menor, no concurre en el caso objeto del presente comentario, por lo que no procede atribuir competencia judicial a los tribunales españoles en virtud de este precepto.

15. Adicionalmente, el artículo 12 introduce alternativas basadas en la *prorrogatio fori*, es decir, la autonomía de la voluntad de los progenitores. El art. 12.1 busca la acumulación de procesos de divorcio con los de responsabilidad parental que se deriven del mismo -se trata de un procedimiento accesorio al procedimiento de divorcio-, siempre y cuando esta competencia sea expresamente aceptada por los cónyuges. El 12.3, además, ofrece esta alternativa sin necesidad de que exista la citada accesoriedad. No se trata tampoco del caso en la sentencia comentada.

16. La sumisión tácita queda igualmente excluida por la incomparecencia del padre del menor y demandado.

17. Por último, siguiendo el razonamiento de la AP, se refiere el tribunal en este punto al foro del artículo 12.4 que -como cláusula de cierre en este precepto referido a la prórroga de competencia- permitiría la asunción de competencia en los supuestos en los que el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que, además, no sea parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, cuando el procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate y siempre en beneficio del menor<sup>15</sup>, a modo de *fórum necessitatis*.

18. La última alternativa que podría dar sustento a la competencia de los tribunales españoles sería la “cláusula residual” del artículo 14, que opera como cláusula de remisión a la *lex fori*. Este y no otro es el precepto que habilita a los tribunales españoles, así lo entiende la AP, en este caso, para proceder a la aplicación del artículo 22 *quater* de la LOPJ<sup>16</sup> que atribuye competencia a los tribunales españoles en materia de relaciones paterno-filiales cuando el demandante tenga su residencia habitual en España, circunstancia que concurre en el presente litigio.

#### IV. La competencia residual del artículo 14 y la aplicación del Derecho interno

19. Vemos por tanto que la AP se apoya en el artículo 14 del Reglamento para aplicar de manera subsidiaria la norma española que atribuye, en los términos descritos, competencia a los tribunales españoles por cuanto que el Derecho español será aplicable, según dicho artículo, “si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro”.

20. Esta remisión al Derecho interno y la adopción de competencia en virtud del mismo está además plenamente avalada por el TJUE en el citado asunto “UD”<sup>17</sup>. Según la sentencia de dicho asunto “cada Estado miembro puede, de conformidad con el artículo 14 de dicho Reglamento y tal y como ob-

<sup>14</sup> A. LIMANTÉ & I. KUNDA, “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters”, en C. HONORATI (ed.) *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, Peter Lang, 2017, pp. 63-91.

<sup>15</sup> Beneficio del menor como principio rector de la regulación del actual DIPr de familia, vid. A. MERCHÁN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 1, 2020, págs. 635-644; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, Nº 1, 2017, pp. 139-165.

<sup>16</sup> “d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, 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.”

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, cit. nota a pie de página nº 10, apartado 57.

serva la Comisión, fundar la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales basándose en normas de derecho interno, apartándose del criterio de la proximidad en el que se basan las disposiciones del referido Reglamento.”

21. En todo caso, la interpretación y aplicación de este artículo debe ser “extremadamente estricta”<sup>18</sup>, y operará solo respecto de menores sin residencia en un Estado miembro, que además no hayan solicitado la condición de refugiados ni se hallen desplazados por situaciones de inestabilidad en su Estados de origen y siempre y cuando no exista prórroga de la jurisdicción.

22. En dicho contexto, la aplicación de la noma interna, en este caso la LOPJ será adecuada cuando ningún tribunal de un Estado miembro resulte competente sobre el litigio en aplicación de los foros del Reglamento, ni de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1996. Solo en caso de que ninguno de los citados instrumentos opere, podrá activarse el Derecho interno y, en este caso, el artículo 22 *quater* de la LOPJ.

23. Como hemos indicado, la AP justifica su competencia en la LOPJ aludiendo a la residencia habitual de la madre -demandante- en España como criterio de atribución, contenido en dicho precepto de la norma española<sup>19</sup>.

24. Se trata, con todo, de un criterio cuya formulación excesivamente amplia ha recibido críticas por parte de la doctrina<sup>20</sup>, a pesar de que sea la fórmula elegida por multitud de Estados miembros para determinar su propia competencia<sup>21</sup>.

## V. La nueva regulación de los foros de competencia residual en el Reglamento (UE) 2019/1111

25. Aunque no sea de aplicación al presente caso procede aludir a la situación del citado foro de competencia residual en el Reglamento “Bruselas II-ter”, 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, aplicable a partir del 1 de agosto de 2022, derogando el Reglamento 2201/2003 con casi veinte años de exitosa vigencia.

26. En la última versión del Reglamento se ha optado por mantener la regla general de competencia judicial internacional, basada en la residencia habitual del menor. En la misma línea, el artículo 13 de la Propuesta<sup>22</sup>, finalmente plasmado en el artículo 14 del texto definitivo, recoge de manera idéntica la remisión a la legislación de los Estados miembros en todos aquellos casos en los que “de los artículos 7 a 11 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro”.

<sup>18</sup> A. LIMANTÉ & I. KUNDA, “Jurisdiction in...”, op. cit., p. 90.

<sup>19</sup> Cuestión suscitada y resuelta de manera similar a otros tribunales europeos en casos análogos, vid. Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, UKSC -The Supreme Court of the United Kingdom-, de 9 de septiembre de 2013, [2013] UKSC 60, en la que la competencia de los tribunales británicos se justifica en la nacionalidad de un menor nacido en Pakistán pero con nacionalidad inglesa.

<sup>20</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, Aranzadi, 2007, p. 44.

<sup>21</sup> A. NUYTS, *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, service contract with the European Commission jls/c4/2005/07-30-ce)0040309/00-37 general report (final version dated 3 September 2007), p. 152.

<sup>22</sup> 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), de 12 de diciembre de 2018, puede consultarse en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15401-2018-INIT/es/pdf>

27. La novedad en relación con este precepto, finalmente no adoptada, venía de la mano del considerando 19 de la Propuesta, en la que se incluía este artículo 13 entre los preceptos que determinaban la competencia de los tribunales de Estados miembros en virtud del Reglamento. De este modo, con efectos más simbólicos que prácticos<sup>23</sup>, se reforzaba la apariencia de supremacía del Reglamento

28. El texto final, y próximamente vigente, mantiene el tenor de su predecesor, perpetuando una norma en la que el legislador europeo permite a los Estados miembros atribuirse competencia en relación con menores no residentes en Estados miembros en situaciones en las que -no dándose un supuesto de *prorrogatio fori*, sí contemplado por el Reglamento- existe un razonable vínculo con dichos Estados, como es el caso. No estamos, a nuestro juicio, ante una atribución de competencia exorbitante por parte del legislador español, en tanto en cuando la residencia habitual de los progenitores -al menos de la madre y demandante- se encuentran en territorio español, Estado en el que potencialmente podría recalar igualmente dicho menor.

29. Sobre el uso de este criterio de remisión del artículo 14 del Reglamento ya tendría ocasión de pronunciarse la doctrina en referencia a la versión anterior del Reglamento. En un pormenorizado estudio sobre la materia<sup>24</sup> el profesor Nuyts pone de manifiesto las divergencias entre diferentes ordenamientos entre los Estados miembros cuando se trata de atraer jurisdicción sobre menores no residentes en dichos Estados.

30. Concretamente, el citado estudio señala que en pura aplicación del Reglamento podrían quedar fuera menores que podrían tener su residencia habitual en otro Estado aún teniendo vínculos relevantes con un Estado miembro -como, por ejemplo, la nacionalidad-<sup>25</sup>. Se crea por tanto una situación en la que se ponen en riesgo el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. La principal motivación del Reglamento se asienta sobre la protección del menor, como sujeto vulnerable en litigios de las características presentes, y ella queda en cierto modo soslayada por la exclusión de menores no residentes en Estados miembros<sup>26</sup>. La inclusión del artículo 14 vendría a corregir potencialmente estas situaciones "sujetando" la competencia a la legislación de cada Estado miembro<sup>27</sup>.

31. Subyace en todo caso la duda de si debería ser el propio Reglamento el que atrajera a los Estados miembros competencia judicial internacional sobre menores no residentes en Estados miembros. Como señalan otros autores, la no existencia de un foro de necesidad expreso en el texto podría generar situaciones en las que no existiera un foro competente en absoluto<sup>28</sup>, lo que sin duda colisiona con la tutela judicial efectiva a la que hemos hecho alusión, además de con la preservación del interés superior del menor. El profesor Nuyts, coincide con la necesidad de establecer un instrumento de "*forum necessitatis*" si bien considera que no quizá no sería conveniente establecer una regla general para estos supuestos en contra de la voluntad de los progenitores<sup>29</sup>.

32. Como punto en contra de esta extensión expresa de la competencia, se ha planteado si la competencia judicial internacional de los tribunales europeos en estos supuestos no conduciría a reso-

<sup>23</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, vol. 69 (2017), p. 160.

<sup>24</sup> rA. NUYS, op. cit., pp. 152 y ss.

<sup>25</sup> Ibid. p. 153

<sup>26</sup> De esta opinión T.M. BOER, "What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 33(1), p. 14. <http://nipronline.eu.proxy.uba.uva.nl:2048/pdf/2015-91.pdf>

<sup>27</sup> A. BERNARDO SAN JOSÉ, "Las normas...", op. cit., p. 1274.

<sup>28</sup> Ibid. p. 1276.

<sup>29</sup> A. NUYS, op. cit., p. 153: "it would probably not be appropriate to create a Community rule of residual jurisdiction that would, in respect of children having their habitual residence in a non-EU State, give a right to access to 382 Annex I to the Contract, Section I. Study on Residual Jurisdiction General Report – 3rd Version 6 July 2007 154 the courts of the Member State of the citizenship of the child (when the parents are in disagreement)."

luciones que no pudieran ser reconocidas fuera de la Unión Europea<sup>30</sup>. Se tratad desde luego de una posibilidad, pero que en todo caso no puede servir de pretexto para eludir dar cobertura a situaciones que puedan generar perjuicios de mayor repercusión.

**33.** Con todo, así lo entendemos, el Reglamento en cualquiera de sus dos versiones parece ir en contra de una práctica extendida y pacíficamente aceptada en otros textos europeos omitiendo la inclusión de este foro de necesidad, de incuestionable relevancia en litigios en los que pueden verse afectados intereses particularmente vulnerables.

---

<sup>30</sup> T. M. BOER, op. cit. p. 14.

# LA FIRMEZA, PRESUPUESTO DEL RECONOCIMIENTO DE UNA RESOLUCIÓN EXTRANJERA: AL HILO DEL AUTO Nº 258/2020 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

## FIRMNESS, A PREREQUIREMENT FOR THE RECOGNITION OF A FOREIGN RESOLUTION: IN THE LINE OF ORDER Nº. 258/2020 OF THE PROVINCIAL COURT OF ALICANTE

IDOIA OTAEGUI AIZPURUA

*Profesora Agregada de Derecho Internacional Privado  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 08.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6301>

**Resumen:** Este comentario tiene por objeto analizar el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, en virtud del cual se desestimó el recurso de apelación presentado por la demandada contra el Auto de instancia que declaraba el exequátur de una sentencia ecuatoriana de divorcio. La causa alegada por la recurrente y, desestimada por la Audiencia Provincial, fue la falta de firmeza de la sentencia de origen. La firmeza de una sentencia extranjera, presupuesto para su reconocimiento, debe ser acreditada por las partes con arreglo a lo establecido en el Derecho del Estado de origen.

**Palabras clave:** sentencia extranjera, divorcio, exequátur, reconocimiento, cooperación judicial internacional.

**Abstract:** The purpose of this commentary is to analyze the Order of the Provincial Court of Alicante, by virtue of which the appeal filed by the defendant against the lower court's Order declaring the exequatur of an Ecuadorian divorce judgment was dismissed. The ground relied on by the appellant and rejected by the Provincial Court was the lack of firmness of the original judgment. The firmness of a foreign judgment, which is a prerequisite for its recognition, must be established by the parties in accordance with the provisions of the law of the State of origin.

**Keywords:** foreign resolution, divorce, exequatur proceedings, recognition, international judicial cooperation.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. Normativa aplicable al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones extranjeras. IV. Reconocimiento incidental y exequátur. V. La modificación judicial de una resolución extranjera. VI. La firmeza, presupuesto del reconocimiento. VII. Conclusiones.

### I. Introducción

1. El objeto del presente comentario es el Auto nº 258/2020, dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante - el 7 de octubre de 2020<sup>1</sup>- por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Denia - de 31 de

<sup>1</sup> ECLI: ES: APA: 2020: 350A.

julio de 2019- mediante el que se declaraba el *exequátur* de una sentencia de divorcio pronunciada por los tribunales ecuatorianos. La parte apelante invocó, como motivo del recurso de apelación, la falta de firmeza de la resolución de origen (sentencia ecuatoriana), pero la Audiencia Provincial de Alicante lo desestimó, al considerar que la recurrente no había acreditado dicho extremo.

Se trata de un Auto cuya escueta redacción genera dudas, fundamentalmente, en relación al *iter* procesal elegido por la parte solicitante para el reconocimiento y, posiblemente, la ejecución de la sentencia de divorcio ecuatoriana y, al finalmente acordado por el Juzgado de instancia para llevar a cabo dicho reconocimiento y, en su caso, la eventual ejecución. De la lectura del Antecedente de Hecho Primero, parece deducirse que lo solicitado por la representación legal del demandante, fue el *exequátur* -a título principal- de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada en Ecuador. Pero, en el mismo Antecedente de Hecho consta que dicha declaración de *exequátur* lo fue en el marco de un incidente (“en los autos de cuestiones incidentales nº 519/2018”), no en un procedimiento *ad hoc*. Sin embargo, no consta información alguna relativa al procedimiento principal en el que se habría planteado el incidente de declaración de reconocimiento.

2. Se trataría de la demanda de *exequátur* de una sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, pero se desconoce la finalidad del demandante al presentarla. Se desconoce (porque, tal y como se ha mencionado anteriormente, en el Auto no existe información suficiente al respecto), si la pretensión del demandante fue únicamente reconocer la disolución del vínculo matrimonial o si, como se podría pensar, también pretendía ejecutar las medidas relativas a la guarda y custodia de sus hijos. Cabe recordar que, si únicamente de los efectos de la disolución del vínculo del matrimonio se tratara, no sería necesaria la ejecución de la sentencia sino únicamente el reconocimiento, dado que ese tipo de sentencias –en ese extremo- son meramente declarativas, careciendo de pronunciamiento de condena alguno<sup>2</sup>. Sin embargo, si de las medidas de guarda y custodia, de los alimentos, de la pensión compensatoria, etc. se tratara, sí cabría la petición de la ejecución en lo que a estos aspectos se refiere.

3. El sector del reconocimiento y de la ejecución de las resoluciones extranjeras es un sector del Derecho internacional privado cuya complejidad práctica ha aumentado durante los últimos años, por el aumento de normativa europea, internacional y de origen estatal que lo regula. Por dicha razón, no es de extrañar que la aplicación práctica de la misma genere problemas, como en el asunto que nos ocupa.

## II. Antecedentes de hecho

4. La información fáctica que consta en el Auto objeto de este comentario es -como se ha dicho- escueta, y ello obliga a hacer conjeturas, cuya única finalidad es poder comprender lo acontecido en la realidad procesal de este asunto. Así, se podría considerar que los hechos que dieron origen a esta resolución, bien pudieron ser la demanda de modificación de medidas de guarda y custodia, que habrían sido acordadas en la sentencia de divorcio ecuatoriana y que fue presentada por D. Eulalio, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Denia<sup>3</sup>. En los autos sí consta que la Unidad Judicial Norte de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Guayas (Guayaquil, Ecuador), dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo – el 29 de enero de 2015- entre D. Eulalio y Dña. Águeda, por lo que las medidas de guarda y custodia se adoptarían por dicha Unidad, en aquel procedimiento de divorcio. Se trataría, por tanto, de una solicitud de modificación de unas medidas por cambio de circunstancias. La parte demandante aportó la sentencia extranjera en el procedimiento principal iniciado ante los juzgados alicantinos y solicitó el *exequátur* de la misma, pero el Ministerio Fiscal se opuso, considerando que el documento aportado no reunía los requisitos necesarios para ser reconocido en España. A raíz de dicha oposición, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 decidió abrir una pieza incidental de *exequátur*. En dicho procedimiento incidental, el Juzgado

<sup>2</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, pp. 454-455.

<sup>3</sup> Dichos extremos no constan en autos.

de instancia acordó, a través del Auto nº 519/2018 - dictado el 31 de julio de 2019- declarar el *exequátur* de la sentencia de divorcio ecuatoriana de mutuo acuerdo. El Juzgado reconoció “la eficacia civil” de la sentencia extranjera y, en consecuencia, le otorgó “efectos de cosa juzgada en España” (FD Primero). Contra dicho Auto, Dña. Águeda interpuso recurso de apelación, por considerar que la sentencia objeto de *exequátur* no era firme. La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante Auto nº 258/2020 - dictado el 7 de octubre de 2020- desestimó dicho recurso de apelación y confirmó el Auto de instancia.

### III. Normativa aplicable al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones extranjeras

5. En esta ocasión, el *exequátur* solicitado lo es en relación a una sentencia de divorcio procedente de Guayas, Ecuador (a pesar del error material cometido por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Denia, según el cual, Guayas está en Venezuela). Dado que el país origen de la resolución no es un Estado miembro de la Unión Europea, al reconocimiento y, en su caso, a la ejecución de la sentencia de divorcio, no le será de aplicación el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al 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, (“Bruselas II bis”)<sup>4</sup>.

En virtud del criterio de competencia y de primacía del Derecho comunitario, en defecto de normativa comunitaria aplicable, debemos acudir a los convenios multilaterales y bilaterales vigentes en el ordenamiento jurídico de que se trate (el español) en materia de divorcio. En este caso, no existe convenio alguno entre España y Ecuador que regule el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de divorcio, separación o disolución matrimonial. Por dicha razón, será aplicable el régimen de fuente estatal relativo al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, es decir, el Título V de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC)<sup>5</sup>.

6. A partir de la entrada en vigor de esta Ley (el 20 de agosto de 2015), quedaron finalmente derogados los obsoletos arts. 951 a 958 de la LEC de 1881<sup>6</sup> que, bajo la rúbrica de “de la ejecución de las sentencias”, regulaban la eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. La nueva regulación es, tal y como indica su art. 2 c), subsidiaria a las normas de la Unión Europea y a los tratados internacionales en los que España sea parte y a las normas especiales del Derecho interno<sup>7</sup>. Contrariamente a lo que pudiera pensarse, su carácter subsidiario no significa una escasa aplicación práctica, ya que según establece el apartado VIII del Preámbulo de la Ley, “...se trata de un ámbito especialmente relevante habida cuenta que en los tratados y reglamentos de la Unión Europea rige el principio de reciprocidad, de forma que sólo son aplicables respecto a resoluciones judiciales originarias de Estados parte en dichos instrumentos y relativas a materias cubiertas por los mismos. Son, por tanto, muy frecuentes los supuestos en los que habrá de aplicarse la normativa interna...”.

Esta Ley será, por tanto, aplicable a las resoluciones dictadas en Estados miembros de la Unión Europea, en aquellas materias civiles o mercantiles en las que no resulte aplicable un Reglamento (bien porque no entren en el ámbito de aplicación material del mismo o en el ámbito temporal, por ejemplo) y, a aquellas resoluciones dictadas en materia civil y mercantil, procedentes de Estados con los que España no tenga firmado convenio internacional alguno o, teniéndolo, no sea aplicable.

Entre las normas especiales del ordenamiento jurídico español recogidas en la Disposición Adicional primera de la LJCIMC, bajo la rúbrica de “normas especiales en materia de cooperación

<sup>4</sup> DO núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>5</sup> B.O.E. nº 182, de 31 de julio de 2015. “Título V. Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos”.

<sup>6</sup> Disposición Derogatoria Única, 1, de la Ley 29/2015.

<sup>7</sup> Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, “Comentario a la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>, jueves, 27 de agosto de 2015.

jurídica internacional en materia civil y mercantil”, se encuentran - entre otras- las normas de Derecho internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, los artículos 25 a 31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional o los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. No se trata de una enumeración exhaustiva ni cerrada, ya que puede haber otras normas que sean consideradas especiales, por ejemplo, los arts. 199 a 230 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Así pues, el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de la sentencia ecuatoriana de divorcio deberá realizarse y, así se ha hecho, en virtud de lo dispuesto en los arts. 41 a 57 de la LCJIMC.

#### IV. Reconocimiento incidental y *exequátur*

7. La LCJIMC prevé la posibilidad de que el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en el marco de un procedimiento judicial (art. 44.2)<sup>8</sup>. La premisa para que dicho reconocimiento se produzca es que el litigante interesado debe invocar de forma accesoria, en un proceso judicial, la eficacia de una resolución dictada en otro Estado. El juez que conozca del asunto principal será el competente para resolver sobre dicho reconocimiento. En cualquier caso, si el reconocimiento fuera declarado, la eficacia del mismo quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal, sin perjuicio de que posteriormente, se pueda solicitar el *exequátur* de la resolución extranjera<sup>9</sup>. En el caso que nos ocupa, si D. Eulalio solicitó el *exequátur* de la sentencia de divorcio de manera incidental, no consta cuál fue el proceso principal dentro del que se planteó dicha cuestión incidental.

Reconocimiento y *exequátur* son figuras diferentes, que operan en función del tipo de decisión de que se trate y de lo que necesite el litigante<sup>10</sup>. Se entiende por “reconocimiento”, la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar todos los efectos que le sean propios, salvo el ejecutivo<sup>11</sup>. Los efectos que puede desplegar una sentencia que haya sido reconocida serán el declarativo, el constitutivo o el efecto de cosa juzgada material, si es que estos efectos se despliegan en el Estado de origen (la denominada “teoría de la extensión de los efectos”).

El sistema de reconocimiento regulado en la LCJIMC no es un sistema automático<sup>12</sup>, al contrario de lo que sucede en algunas normas europeas sobre Derecho Procesal Civil internacional. En virtud de la normativa interna, las resoluciones judiciales extranjeras deben someterse a un procedimiento judicial, en el que una autoridad judicial española controlará que la resolución judicial extranjera en cuestión cumple con los presupuestos y con los requisitos para poder desplegar todos sus efectos. Por otra parte, para que una sentencia pueda ser ejecutada, será necesario tramitar el procedimiento de *exequátur*, dado que éste es el que otorga la fuerza ejecutiva, el que le confiere carácter de título ejecutivo, a una resolución judicial extranjera<sup>13</sup>.

Bien es cierto que la redacción del art. 42.1 de la LCJIMC puede llevar a confusión, al establecer que “el procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución, se denominará procedimiento de *exequátur*”. Sin embargo, la doctrina mayoritaria<sup>14</sup>, ha determinado que el legislador español ha utilizado el concepto

<sup>8</sup> Vid. F. GARAU SOBRINO, A. RENTERÍA AROCENA, “Artículo 44. Reconocimiento”, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 503-505.

<sup>9</sup> Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8, nº 1, pp. 251-252.

<sup>10</sup> Vid. 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. 166-167.

<sup>11</sup> Auto nº 57/2021, Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de febrero de 2021, F.D. Tercero.

<sup>12</sup> Vid. F. GARAU SOBRINO, “Art. 42. Procedimiento de *exequátur*”, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO (Coords.), *op.cit.*, pp. 482-484.

<sup>13</sup> Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales...”, *op.cit.*, pp. 160.

<sup>14</sup> *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 474-481; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 42: Procedimiento de *exequátur*”, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A. (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 373-375;

de *exequátur*, con dos significados diferentes; por una parte, como un procedimiento a través del que se pueden obtener tres pronunciamientos diferentes y, por otro, como la acción a través de la que se otorga fuerza ejecutiva – carácter de título ejecutivo- a una resolución extranjera (que no la tiene en España *per se*), para que posteriormente pueda ser ejecutada materialmente. La redacción actualmente vigente ha mejorado, sustancialmente, la redacción de los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881 que, con una terminología obsoleta, han sido aplicados durante demasiado tiempo y que, a su vez, era una continuación de la LEC de 1855<sup>15</sup>.

8. El procedimiento de *exequátur* previsto en este artículo permite obtener tres pronunciamientos: a) declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera (art. 44.1), b) declarar que una resolución extranjera no es susceptible de ser reconocida en España, porque incurre en alguna de las causas de denegación previstas en el art. 46 de la LCJIMC (art. 42.2) o, c) autorizar la ejecución de la resolución extranjera en España, mediante *exequátur* (art. 50).

El párrafo tercero del apartado VIII del Preámbulo de la LCJIMC así lo establece: “En el título V se opta por el mantenimiento del *exequátur* como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución. Ello contrasta con lo establecido en los reglamentos de la Unión Europea y se estima adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales...”.

9. En el supuesto que nos ocupa, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Denia, ante la oposición del Ministerio Fiscal (cuya participación es obligatoria en el procedimiento de *exequátur*<sup>16</sup>), decidió abrir un incidente, en el que se analizó si procedía o no el *exequátur* de la sentencia. De esta manera, encajó un *exequátur* dentro del procedimiento principal, en lugar de tramitar dicho incidente en base a lo establecido en los artículos 388 y siguientes<sup>17</sup>. Esto último es lo que, según el Preámbulo de la LCJIMC, se pretendía evitar a través del reconocimiento incidental<sup>18</sup>.

La Audiencia Provincial de Alicante, da a entender, en un primer momento y, según consta en el FD Primero, que lo solicitado por el demandante fue únicamente el reconocimiento de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, “produciendo desde ese reconocimiento dicha resolución efectos de cosa juzgada en España”. No obstante, en el FD Segundo, establece que “...no es óbice para su ejecución la alegación de la apelante...”. Uniendo ambos fragmentos, parece deducirse que la solución dada por el Juzgado de Primera Instancia de Denia ha sido más complicada que la prevista por el reconocimiento incidental y, en lugar de seguir este último cauce procesal sencillo, ha complicado el proceso de reconocimiento. El procedimiento finalmente seguido fue el del *exequátur* a título principal, cumpliendo, tal y como determina el art. 54.4 c), los requisitos del art. 399 de la LEC, pero en el marco de un incidente.

A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, pp. 425-426.

<sup>15</sup> Vid. F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 26.

<sup>16</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, pp. 462-463.

<sup>17</sup> Art. 388. “Las cuestiones incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, se ventilarán en la forma establecida en este capítulo”.

Art. 389. Las cuestiones incidentales serán de especial pronunciamiento si exigen que el tribunal decida sobre ellas separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito. Estas cuestiones no suspenderán el curso ordinario del proceso”.

<sup>18</sup> “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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 en los artículos 388 y siguientes citados parece diseñado para otro tipo de cuestiones y su utilización supondría encajar un *exequátur* 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”.

## V. La modificación judicial de una resolución extranjera

10. Siguiendo con las conjeturas mencionadas anteriormente y, a falta de datos que corroboren esta hipótesis, se podría pensar que el matrimonio formado por D. Eulalio y Dña. Águeda era un matrimonio ecuatoriano con hijos que se divorció en Ecuador y que, posteriormente, se trasladaron a residir a España. Al trasladarse de país, al cambiar de trabajo, de colegio, etc., todas las circunstancias que rodearon el divorcio probablemente cambiaron y por dicha razón también cambiaron las circunstancias en las que se llevarían a cabo las medidas de guarda y custodia. Siguiendo en el plano hipotético, esos hechos condujeron al litigante (D. Eulalio) a presentar la demanda de modificación de las medidas. No es inhabitual que esto suceda<sup>19</sup>, máxime teniendo en cuenta que las circunstancias que determinaron la adopción de las resoluciones relativas a los alimentos, a la guarda y custodia, etc., pueden y suelen cambiar con el transcurso del tiempo y ello hace que se pueda solicitar su modificación judicial.

11. La LCJIMC también prevé esta posibilidad y así está regulado en su art. 45<sup>20</sup>. Esta disposición otorga dos posibilidades para que dicha modificación se pueda realizar<sup>21</sup>. Por una parte, los órganos jurisdiccionales españoles podrán modificar la resolución extranjera, una vez que ésta hubiese obtenido el reconocimiento incidental o a título principal<sup>22</sup>. En primer lugar, se deberá reconocer la sentencia extranjera y, una vez otorgado dicho reconocimiento y surtidos los correspondientes efectos de la sentencia extranjera en territorio español, será cuando los órganos judiciales españoles puedan modificar el contenido de la misma. Ésta es una opción que el demandante hubiese podido elegir, pero dado que en Auto no existe mención alguna al art. 45, entendemos que no fue la finalmente elegida.

Por otra parte, cabe también la posibilidad, en virtud del segundo apartado del art. 45, de que la parte solicitante presente un nuevo proceso declarativo ante los tribunales españoles. Se podría pensar que ésta fue la opción elegida por el demandante, D. Eulalio, posiblemente, porque su representación legal consideró que de esta manera obtendría el reconocimiento de una manera más rápida, pero la apertura del incidente y el posterior recurso de apelación demoró la resolución final.

## VI. La firmeza, presupuesto del reconocimiento

12. La cuestión principal de este Auto, además de lo ya mencionado en relación con el cauce procesal seguido para el reconocimiento de la sentencia de divorcio, sería la firmeza o la falta de dicho requisito procesal de la resolución objeto de reconocimiento. La falta de firmeza o el desconocimiento de la posterior modificación de dicha resolución, fue el motivo alegado por la parte demandada para interponer el recurso de apelación, en el que solicitó la revocación de la resolución recurrida (el Auto de Instancia). Dña. Águeda, siendo una de las dos partes del divorcio, alegó –curiosamente– que desconocía si la resolución extranjera se pudo modificar por otra, es decir, que podía no ser firme y que pudo haber sido modificada posteriormente (F.D. Primero).

<sup>19</sup> Auto nº 42/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 29 de enero de 2020 (F.D. Primero, 5º b)), ECLI:ES: APB:2020:614A. *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), vol. 13, nº 1, pp. 1086-1087.

<sup>20</sup> Art. 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”.

<sup>21</sup> *Vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Art. 45. Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO, (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 519-520; A.L. CALVO CARAVACA, “Art. 45. Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación”, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 387-390.

<sup>22</sup> Auto nº 765/2017, Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 28 de noviembre de 2017, ECLI: ES: APZ:2017:3178A, Fundamento de Derecho Segundo.

La Audiencia Provincial de Alicante resolvió que la firmeza de la sentencia había quedado acreditada y probada con la prueba documental aportada por el demandante (FD Segundo), no siendo necesaria la presentación de un documento independiente que acreditase dicha firmeza<sup>23</sup>. También determinó –acertadamente- que correspondía a la parte apelante la carga de la prueba de la falta de firmeza de la resolución, en virtud de lo establecido en el art. 217 de la LEC. La parte apelante, según se desprende del Auto, parece no haber acreditado dicha falta de firmeza.

**13.** El art. 41 de la LCJIMC señala que, “serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España de conformidad con las disposiciones de este título, las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso”<sup>24</sup>. Los presupuestos del reconocimiento y de la ejecución, que deberán ser controlados - de oficio- por el tribunal competente para decidir sobre el reconocimiento, serán, por tanto, que se trate de resoluciones firmes dictadas por tribunales extranjeros, dictadas en el marco de un procedimiento contencioso y en materias de Derecho privado. Si la resolución extranjera no cumple con cualquiera de estos presupuestos, el reconocimiento y/o la ejecución serán rechazados. Se trata de un presupuesto del reconocimiento, no de una causa de denegación del mismo, reguladas en el art. 46 de la LCJIMC.

Asimismo, el art. 54 – que regula el proceso de *exequátur*- también determina -en su apartado 4 c)- los documentos que, necesariamente, deben acompañar a la demanda de *exequátur*, “cualquier otro documento que acredite la firmeza y, en su caso, la fuerza ejecutiva, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen”.

Dado que la LCJIMC no se aplica en un ámbito de confianza mutua entre Estados, como ocurre en el caso de la Unión Europea, el criterio de la firmeza de la resolución judicial objeto de reconocimiento es indispensable, excluyendo de esta manera la posibilidad de que sean reconocidas –tal y como permitía el derogado Convenio de Bruselas de 1968 y lo siguen haciendo el vigente Reglamento Bruselas I *bis*, Bruselas II *bis*, Bruselas III...- aquellas resoluciones judiciales no firmes. Firmeza y ejecutividad son dos cuestiones diferentes. La Audiencia Provincial de Alicante, hace una afirmación un tanto cuestionable, al establecer que “la sentencia dictada por el tribunal de Ecuador es ejecutoria y por tanto firme...”. El hecho de que una sentencia sea ejecutiva, no conlleva su firmeza. Bien es cierto que en la normativa de origen interno (art. 525.2 de la LEC), se excluye la posibilidad de ejecución provisional de las resoluciones extranjeras no firmes, pero dicha posibilidad existe en varias normas de origen europeo o de origen convencional, tal y como acabamos de mencionar.

¿Cuándo podemos considerar que una sentencia o una resolución judicial es firme? El enunciado del art. 43 de la LCJIMC es muy claro en este sentido, y considera que es “firme” aquella resolución contra la que no cabe recurso ordinario en el Estado de origen. La firmeza deberá acreditarse, por tanto, con arreglo a lo establecido por el Derecho del Estado de origen<sup>25</sup>, entendiéndose el término de “recurso ordinario” en la línea de lo interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>26</sup>.

**14.** La Audiencia Provincial de Alicante ha considerado suficientemente acreditada la firmeza de la sentencia ecuatoriana y, *a contrario sensu*, no acreditada la falta de dicha firmeza por la parte apelante. La Audiencia Provincial se limita a establecer que la firmeza ha quedado acreditada en la instancia, pero no menciona si dicha prueba se ha hecho con arreglo al Derecho ecuatoriano o no, ni cuáles han sido los medios de prueba existentes en dicho Derecho y si aquellos utilizados por el demandante, eran

<sup>23</sup> Vid. E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Documentación a presentar y *exequátur* de sentencia extranjera de divorcio: Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de noviembre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, nº 2, pp. 995-1000.

<sup>24</sup> Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 41. Ámbito de aplicación”, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO, (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 467-470

<sup>25</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 41. Ámbito de aplicación; artículo 43. Definiciones”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, (Coord.), Wolters Kluwer, 2017, pp. 359-362, 379-380.

<sup>26</sup> STJCE, de 22 de noviembre de 1977, asunto 43/77 *Industrial Diamond Supplies*, *Vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución...”, *op. cit.*, pp. 162.

los adecuados. Siendo ésta la cuestión fundamental del proceso objeto de comentario, el Tribunal de Apelación, lamentablemente, dicta su resolución sin resolverla.

15. Por otro lado, el que es firme y definitivo es el Auto objeto de comentario, dado que no es recurrible en casación. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Auto dictado el día 30 de mayo de 2018<sup>27</sup>, reiteró que el criterio de dicha Sala<sup>28</sup> es que “sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictada en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 LEC), siendo equiparables a éstas las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y de Lugano (...) de los Reglamentos CE 1347/2000, de 29 de mayo de 2000 y 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, así como del Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, que deroga el Reglamento 1347/2000, y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento. Solo en tales casos se produce la equiparación de los Autos dictados con las Sentencias de Segunda Instancia, permitiendo excepcionalmente el acceso a la casación de los Autos dictados en el mencionado ámbito, habiendo reiterado esta Sala que la excepción a la recurribilidad en casación – y en el régimen transitorio por infracción procesal – únicamente de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales no puede alcanzar a cualquier tipo de Auto dictado por las Audiencias Provinciales en el seno del procedimiento de *exequatur*, sino que ha de quedar limitado al que resuelve el recurso contradictorio previsto en los propios instrumentos internacionales”.

## VII. Conclusiones

16. La conclusión que se puede extraer tras el análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de octubre de 2020 es que, el reconocimiento de una resolución judicial dictada en materia matrimonial por un tribunal no comunitario (con el que no existe convenio internacional vigente), debe seguir unos cauces procesales más garantistas que los establecidos en los textos normativos europeos aplicables a dicha materia. El ámbito de confianza mutua existente entre los Estados miembros de la Unión Europea, en el marco de la cooperación judicial en materia civil, permite a dichos Estados suprimir determinados requisitos – por ejemplo, la firmeza de las resoluciones objeto de reconocimiento y, en su caso de ejecución o la supresión de procedimientos como el *exequatur*.

A pesar de la notoria influencia del Derecho procesal civil de los Reglamentos europeos en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y del hecho de que dicha normativa haya servido para una evidente mejora y modernización de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras a nivel teórico, la práctica judicial nos muestra –nuevamente– que la aplicación de dichos procedimientos teóricos no siempre es sencilla para los profesionales del Derecho.

<sup>27</sup> ECLI:ES:TS: 2018: 5846A. Vid. A.MERCHÁN MURILLO, “La irrecurribilidad de autos dictados por la Audiencia Provincial: comentario al Auto del Tribunal Supremo, de fecha 30 de mayo de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2019), vol. 11, nº 1, pp. 856-862.

<sup>28</sup> Vid. *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, Sala Primera del Tribunal Supremo.

EL GRUPO DE EMPRESAS Y LA COMPETENCIA JUDICIAL  
INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS  
INDIVIDUALES DE TRABAJO

GROUP OF COMPANIES AND INTERNATIONAL JURISDIC-  
TION OVER INDIVIDUAL CONTRACTS OF EMPLOYMENT.

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: 10.04.2021 / Aceptado: 04.05.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6302>

**Resumen:** Con ocasión de una relación laboral cuyo único punto de conexión con España es la nacionalidad del demandante, éste plantea demanda por despido improcedente ante los tribunales españoles frente a su empleador norteamericano y otras empresas españolas amparándose en que todos ellos forman un grupo de empresas a efectos laborales.

**Palabras clave:** Grupo de empresas, Contratos Individuales de Trabajo, Competencia Judicial Internacional.

**Abstract:** In relation with a dispute arising under a contract of employment whose only connection with Spain is the nationality of the Claimant, this one brings his claim in Spain against his American employer and other Companies domiciled in Spain and Europe arguing that the defendants form a Group of Companies for labour purposes.

**Keywords:** Group of Companies, Individual contracts of employment, International Jurisdiction.

**Sumario:** I. Hechos; II. La sempiterna confusión entre competencia judicial internacional y derecho aplicable; III. El Grupo de empresas y la competencia judicial internacional: 1. El Grupo de Empresas y la falta de impugnación del relato de hechos probados; 2. El Reglamento Bruselas I Bis y el empleador no domiciliado en la Unión Europea; 3. El artículo 25(1) LOPJ y el empleador extranjero; IV. Conclusiones.

## I. Hechos

1. Uno de los problemas habituales con el que se encuentra el trabajador medio de un grupo empresarial internacional es la dificultad para determinar para cuál de todas las empresas que integran el grupo está en último término efectuando su prestación laboral. Indudablemente, en la medida en que la relación laboral resulta pacífica, la cuestión no presenta mayores inconvenientes; sin embargo, en el

momento en que todo se tuerce, surge irremediabilmente la cuestión de si, además de a la entidad que figura en el contrato como empleador, se puede demandar a la matriz y/o al resto de empresas que forman el grupo<sup>1</sup>.

El caso que nos ocupa es un ejemplo de esta situación. El recurrente entró a trabajar para Ecoagropecuaria SA – una empresa española integrante del grupo Abengoa – en Julio de 2011. En dicha empresa permanecería hasta que en Agosto de 2013 pasó a trabajar para Abengoa Bioenergy Trading LLC – una empresa norteamericana integrante del grupo Abengoa –.

2. Tras ser despedido el 10 de Diciembre de 2015, el trabajador presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número 10 de Sevilla con una doble pretensión: por un lado, mediante acumulación eventual de acciones, solicitó que se declarase nulo el despido y, subsidiariamente, que se declarase improcedente; por otro lado, reclamó el pago de una cantidad que consideraba adeudada en concepto de bonus correspondiente al año 2015.

Hasta ahí todo dentro de la normalidad en una disputa laboral. La singularidad del caso viene dada por el hecho de que, considerando la pertenencia de su empleador a un conglomerado internacional, el demandante dirigió su demanda tanto contra la matriz – Abengoa SA –, como contra una serie de empresas integrantes del referido grupo empresarial internacional – Ecoagropecuaria SA, Abengoa Energy Trading Europe, B.V. y Abengoa Bionergía,SL –.

Estimando que tanto la prestación laboral, como la oferta de trabajo, se habían efectuado en Estados Unidos, con base al artículo 1(4) del Estatuto de los Trabajadores<sup>2</sup> (ET, de aquí en adelante), el Juzgado de lo Social concluyó que no era aplicable a la relación laboral existente entre el demandante y su antiguo empleador la legislación laboral española. Asimismo, habida cuenta de que el empleador era una empresa norteamericana y que el demandante no había probado exitosamente que los demandados constituyeran un grupo de empresa a efectos laborales, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda por considerar que, conforme al artículo 25(1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>3</sup> (LOPJ, de aquí en adelante), los tribunales españoles carecían de competencia para conocer de la misma.

3. Plantea entonces el demandante recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Ahondando en la idea de que los demandados constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, el recurrente alega como único motivo para su recurso una supuesta infracción de los artículos 1(4) ET y 25(1) LOPJ por parte del Juzgado de lo Social al declarar la falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda.

## II. La sempiterna confusión entre competencia judicial internacional y derecho aplicable

4. Desde la perspectiva del docente e investigador del Derecho Internacional Privado, resulta en ocasiones un tanto desalentador encontrar personas que, dedicándose profesionalmente al Derecho, muestran ciertas dificultades a la hora de diferenciar los conceptos de competencia judicial internacional y derecho aplicable.

En descargo de estas personas cabe reconocer que, dada la naturaleza imperativa de la mayor parte de las normas de derecho del trabajo, es la litigación laboral uno de los campos donde probablemente la correlación entre *ius* y *forum* presente una mayor intensidad<sup>4</sup>. Sin embargo, por intensa que

<sup>1</sup> Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, esta problemática se ha abordado brillantemente por G. PALAO MORENO en *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000, y “Multinational groups of companies and individual employment Contracts in Spanish and European Private International Law” en P. SARCEVIC, P. VOLKEN, *Yearbook of Private International Law: Vol. IV*, Sellier – European Law Publisher, Lausanne, 2002, pp. 303-334.

<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, BOE, de 24 de Octubre de 2015.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, BOE, de 2 de Julio de 1985.

<sup>4</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Beramar, Madrid, 1993, p. 59; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el derecho internacional privado: caracterización y dimensiones del problema”, *Anuario español*

sea esta relación, los conceptos son diferentes y su deslinde resulta fundamental también en el orden laboral. Como veremos a continuación, la argumentación del recurrente en el caso que nos ocupa ilustra perfectamente esta situación de confusión entre ambos conceptos fundamentales para la litigación internacional.

5. Siguiendo lo comentado en el epígrafe anterior, la decisión del Juzgado de lo Social se componía de dos partes técnicamente diferenciables: por un lado, una relativa al artículo 1(4) ET que determinaba la inaplicabilidad de la legislación española a la relación laboral existente entre el recurrente y su empleador norteamericano; y, por otro lado, una relativa al artículo 25(1) LOPJ que preveía la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de las disputas surgidas en relación a la relación laboral en cuestión.

Omitiendo esta distinción, uno de los motivos esgrimidos por el recurrente para atacar la declaración de falta de competencia judicial internacional es la eventual infracción del artículo 1(4) ET, artículo éste que, teniendo por objeto determinar cuándo se aplicará el derecho español a una relación laboral internacional<sup>5</sup>, nada tiene que ver con la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia laboral.

6. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia acierta al comenzar su fallo aclarando que, siendo el único objeto del recurso la declaración de falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada por el recurrente, aquél debe examinarse únicamente en el marco del Reglamento Bruselas I Bis<sup>6</sup> y del artículo 25(1º) LOPJ, siendo irrelevante cualquier referencia a la legislación aplicable a la relación laboral<sup>7</sup>.

### III. El Grupo de Empresas y la competencia judicial internacional

#### 1. El Grupo de Empresas y la falta de impugnación del relato de hechos probados

7. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos comenzar definiendo el “*grupo de empresas*” como aquél integrado por un conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria<sup>8</sup>.

Esta conservación de sus respectivas personalidades jurídicas determina que, salvo que se constate la concurrencia de una serie de elementos adicionales que la jurisprudencia ha delimitado, se enten-

---

*de derecho internacional*, Número 4, 1977-1978, pp. 89-136, p. 115; U. BELINTXON MARTIN, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Volumen. 13, Número 1, pp. 725-731, párrafo 8. Ver también: L.F. CARRILLO POZO, “El Derecho Extranjero en el proceso de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número 62, 2006, pp. 13-57.

<sup>5</sup> Sobre la ley aplicable a un contrato internacionales de trabajo, ver: A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, párrafos 969-1012; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La ley aplicable a los contratos internacional de trabajo. Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado: Volumen I*, Rapid Centro, Murcia, 2019, pp. 335-361; P. JUÁREZ PÉREZ, “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional: la proscripción del “espiguelo normativo” (STSJ de Madrid 10 de Marzo 2020)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Volumen. 13, Número 1, pp. 931-938; L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Número 152, 2011, pp. 1023-1068.

<sup>6</sup> Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de Diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. DOUE L 351, de 20 de Diciembre de 2012.

<sup>7</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía STSJ AND 12515/2020, de 2 de Octubre, Fundamento de Derecho 2.2.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo STS 4017/2013, de 27 de Mayo, Fundamento de Derecho 7.2.

derá que no existe responsabilidad solidaria entre los integrantes del grupo y, por tanto, que cada una de las sociedades ha de responder únicamente por sus respectivos actos<sup>9</sup>.

**8.** En el caso que nos ocupa se produce una circunstancia paradójica que, como veremos a continuación, marcará el devenir del recurso planteado: la falta de impugnación del relato de hechos probados contenido en la resolución del Juzgado de lo Social.

Habida cuenta de que la pretensión del demandante tenía como antecedente necesario la pertenencia del empleador al grupo de empresas constituido por los demandados, y que dicha alegación había sido desestimada en el relato de hechos probados contenido en la resolución impugnada, lo lógico hubiera sido que el recurrente, amparándose en el artículo 193(b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social<sup>10</sup>, hubiera atacado dicha declaración en los extremos necesarios para que el órgano devolutivo pudiera examinar *ex novo* la concurrencia de los elementos que darían lugar a la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

Sin embargo, contrariamente a lo que se acaba de exponer, el recurrente se limitó a invocar un caso de una trabajadora despedida por una empresa filial del grupo Abengoa en que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León sí apreció que las empresas demandadas constituían un grupo a efectos laborales<sup>11</sup>.

Esta forma de actuar del recurrente era obvio que no daría resultado por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque como correctamente subrayó el Tribunal Superior Justicia de Andalucía, la sentencia alegada era el resultado de una actividad probatoria que en nada le vinculaba<sup>12</sup>; y, en segundo lugar, aunque el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nada dice al respecto, porque ni siquiera los casos en cuestión resultaban análogos y, por tanto, difícilmente la solución dada en uno podía extrapolarse al otro<sup>13</sup>.

**9.** No habiéndose atacado debidamente la declaración de hechos probados efectuada por el órgano de primera instancia, el órgano devolutivo se encuentra imperativamente vinculado a la misma. En consecuencia, su análisis sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada por el recurrente debe partir de la premisa de que no existe el grupo

---

<sup>9</sup> Son fundamentalmente cinco los elementos adicionales que ha venido a establecer el Tribunal Supremo para estimar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales: (1) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo que ponga de relieve la existencia de una prestación indiferenciada de servicios por la totalidad o parte de la plantilla; (2) La confusión patrimonial que implique la incorrecta contabilización de sus propios gastos, ingresos y demás conceptos contables por cada una de las sociedades o empresas; (3) La existencia de una unidad de caja que implique promiscuidad en el uso de fondos, sin llevar a cabo una adecuada contabilización separada de dicho uso y sin cargar costes e intereses en función de los saldos de acreedores y deudores de cada empresa con arreglo a su valor razonable; (4) El uso abusivo o anormal de la dirección unitaria de manera que perjudique ilícitamente los derechos de los trabajadores; y (5) La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica (Sentencias del Tribunal Supremo STS 4297/2019, de 21 de Noviembre, Fundamento de Derecho 9; STS 4017/2013, de 27 de Mayo, Fundamentos de Derecho 7 – 9; STS 2900/2014, de 28 de Enero, Fundamento de Derecho 9; STS 1815/2014, de 4 de Abril, Fundamento de Derecho 2; STS 3297/2014, de 21 de Mayo, Fundamento de Derecho 6; STS 4636/2014, de 22 de Septiembre, Fundamento de Derecho 5; STS 1439/2015, de 24 de Febrero, Fundamento de Derecho 6).

<sup>10</sup> Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE, de 11 de Octubre de 2011.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León STSJ CL 4771/2016, de 19 de Diciembre.

<sup>12</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía STSJ AND 12515/2020, de 2 de Octubre, Fundamento de Derecho 2.5.

<sup>13</sup> En el caso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la trabajadora estaba contratada por Abengoa Bioenergía Nuevas Tecnologías SA – una empresa española – para trabajar como analista en un laboratorio ubicado en la provincia de Salamanca en que, sometidos a la misma estructura de mando y dirección, trabajaba simultánea e indistintamente también personal contratado por Abengoa Research SL. No siendo posible diferenciar al personal de una de las empresas de la de la otra, el Tribunal Superior de Justicia avaló la decisión del Juzgado de lo Social de Salamanca de estimar que, únicamente respecto a dicho laboratorio, se pudieran considerar a Abengoa Bioenergía Nuevas Tecnologías SA y a Abengoa Research SL solidariamente responsables. Asimismo, existía otro motivo fundamental que apuntalaba la idea de la existencia de un grupo de empresas: la propia carta de despido afirmaba expresamente que éste tenía lugar como consecuencia de la situación económica y financiera del grupo de empresas. Esto llevó al Tribunal Superior de Justicia a considerar lógicamente inadmisibles que el grupo laboral pudiera existir de cara a justificar el despido de la trabajadora, pero dejase de existir, como pretendían los recurrentes, para asumir la responsabilidad solidaria respecto de los salarios pendientes de pago a dicha trabajadora.

de empresas y, por tanto, de que la pretensión del demandante únicamente puede dirigirse contra el empleador norteamericano.

## 2. El Reglamento Bruselas I Bis y el empleador no domiciliado en la Unión Europea

10. Como es bien sabido, al igual que hizo su antecesor<sup>14</sup>, el Reglamento Bruselas I Bis contempla en su sección 5 un conjunto de normas concernientes a la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo<sup>15</sup>.

Debiéndose examinar la aplicabilidad de estas normas tomando como referencia tanto que el demandado es un empleador domiciliado en un Estado que no es miembro de la Unión Europea, como que no existe un acuerdo en el sentido previsto en el artículo 23<sup>16</sup>, únicamente dos de las normas previstas en el Reglamento podrían teóricamente determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada por el trabajador: los artículos 20(2) y 21(2).

11. Ampliando funcionalmente el concepto de domicilio del demandado<sup>17</sup>, el artículo 20(2) prevé que, con independencia de que el empleador demandado no tenga su domicilio en un Estado Miembro, a efectos de los litigios que pudieran derivar de la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento que pudiera tener en un Estado Miembro, se considerará que tiene su domicilio en el Estado Miembro en que se ubique la referida sucursal, agencia o establecimiento.

<sup>14</sup> Como es sabido, la versión original del Convenio de Bruselas de 1968 carecía de regulación en materia de contratos internacionales de trabajo. Con el objetivo de dotar de una solución específica a los problemas que se generaban en relación a dichos contratos, reinterpretando el artículo 5(1) de la Convención, la jurisprudencia comunitaria articuló una solución que, después del Convenio de San Sebastián de 1989, pasaría a formar parte del artículo 5(1) de la versión consolidada del Convenio de Bruselas de 1968 – “Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: (...) en materia de contrato individual de trabajo, [ante el tribunal del lugar] en que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador” –. Considerando que esta regulación no era suficiente, el legislador comunitario optó por introducir en el sucesor del Convenio una regulación más detallada. Así, el Reglamento Bruselas I incorporó una sección 5 que regulaba la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo desde 3 vertientes diferentes: en primer lugar, los artículos 18 y 19 se encargaba de los supuestos en que el empleador era el demandado; en segundo lugar, el artículo 20 abordaba los casos en que el empleado era el demandado; y, finalmente, el artículo 21 articulaba los requisitos que debía reunir el acuerdo de sumisión para ser válido en materia laboral. Ver: C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, “Jurisdiction over individual contracts of employment” en P. MANKOWSKI, M. ULRICH, *Brussels I Bis Regulation – Commentary*, Selliers - European Law Publishers, Köln, 2016, pp. 536-537.

<sup>15</sup> El Reglamento Bruselas I Bis aborda la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo de manera similar a como lo hizo el Reglamento Bruselas I. Así, el artículo 20 y 21 regulan la competencia para los casos en que la demanda se presentó contra el empleador; el artículo 22 se regula la competencia en caso de que el demandado sea el empleado; y, finalmente, el artículo 23 se encarga de regular los requisitos que ha de reunir el acuerdo de sumisión para ser válido a efectos de una disputa laboral. Para un análisis detallado de estas reglas, ver: *ibidem*; U. BELINTXON MARTIN, “Contratos internacionales de trabajo y competencia judicial internacional” en A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado: Volumen I*, Rapid Centro, Murcia, 2019, pp. 321-334; A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea: Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, párrafos 464 – 476.

<sup>16</sup> Dado el desequilibrio existente en una relación laboral, la mayoría de ordenamientos jurídicos observan con suma desconfianza las cláusulas de sumisión insertas en los contratos laborales. Esta misma desconfianza impregna la regulación contemplada en el Reglamento Bruselas I Bis. Al igual que hizo su antecesor, el actual artículo 23 RBI admite los acuerdos de sumisión en materia laboral únicamente en dos supuestos, a saber: (1) Cuando el acuerdo de sumisión se haya celebrado con posterioridad al nacimiento de la disputa; y, (2) Cuando habiéndose celebrado con anterioridad al nacimiento de la disputa, fuere el trabajador el que pretendiera hacerse valer del acuerdo para demandar al empleador ante los tribunales de un Estado distinto de aquél que determinarán las normas de competencia judicial internacional previstas en la sección 5 del Reglamento. Ver: C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, “Jurisdiction over individual... op.cit., pp. 554-558; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “El contrato de trabajo internacional. Algunas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional” en *Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 122-126; A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I...* op.cit., párrafo 472.

<sup>17</sup> C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, “Jurisdiction over individual... op.cit., pp 539-540.

En el presente caso, esta norma no resultaría aplicable porque no consta que el empleador norteamericano tenga una sucursal, agencia o establecimiento en España; y, aunque la tuviera, dado que la prestación laboral del trabajador se realizó íntegramente en Estados Unidos, no parece tampoco que pudiera considerarse que el litigio derive de la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento que el empleador pudiera tener en España.

**12.** Mediante reenvío a las excepciones a la regla general del domicilio del empleador previstas en el artículo 21(1)(b), el artículo 21(2) estipula que un empleador no domiciliado en un Estado Miembro podrá ser demandado ante los tribunales de aquel Estado Miembro:

- a) En que o desde el cual el trabajador desempeñe o haya desempeñado habitualmente su trabajo<sup>18</sup>.
- b) En que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador si éste no desempeñara o hubiera desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado Miembro<sup>19</sup>.

Habida cuenta de que el recurrente no había desempeñado habitualmente su trabajo en España, sino en Estados Unidos, tampoco podría sustentarse la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el artículo 21(2) del Reglamento Bruselas I Bis.

### 3. El artículo 25(1º) LOPJ y el empleador extranjero

**14.** Descartada la aplicabilidad de las reglas de la sección 5 del Reglamento Bruselas I Bis, los tribunales españoles únicamente ostentarían competencia para conocer de la demanda planteada por el trabajador contra su empleador norteamericano si concurrían algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 25(1) LOPJ<sup>20</sup>.

**15.** Cuatro son los supuestos en que el artículo 25(1) LOPJ contempla que los tribunales españoles de lo social tendrán competencia en materia de derechos y obligaciones derivados de contratos de trabajo:

- a) Cuando los servicios del trabajador se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español.
- b) Cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier representación en España.
- c) Cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquier que sea el lugar de prestación de los servicios o el lugar de celebración del contrato.
- d) Y, finalmente, cuando se trate de un contrato de embarque<sup>21</sup>, si éste fue precedido de oferta recibida en España por un trabajador español.

Considerando las circunstancias del caso – un trabajador español que firma en Estados Unidos un contrato mediante el cual se compromete a realizar una prestación laboral en dicho país para una empresa norteamericana que no consta que tenga una agencia, sucursal delegación o cualquier representación en España –, resulta evidente que no concurren ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 25(1) LOPJ para que los tribunales españoles puedan conocer de la demanda. Por ello, tanto el Juzgado

<sup>18</sup> Artículo 21(1)(b)(i) Reglamento Bruselas I Bis.

<sup>19</sup> Artículo 21(1)(b)(ii) Reglamento Bruselas I Bis.

<sup>20</sup> Artículo 6(1) Reglamento Bruselas I Bis. Ver también: J.L. IRIARTE ÁNGEL, “El contrato de trabajo... op.cit., pp. 101-105.

<sup>21</sup> Sobre la institución del contrato de embarque desde una perspectiva del derecho internacional privado, ver: J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque...* op.cit.

de lo Social de Sevilla, como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, acertadamente concluyeron que los tribunales españoles carecían de competencia judicial internacional<sup>22</sup>.

#### IV. Conclusiones

**16.** En la medida en que la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada por el trabajador dependía exclusivamente de la demostración de que los demandantes constituían un grupo de empresas a efectos laborales, el recurso planteado ante el Tribunal Superior de Justicia únicamente podía prosperar si el recurrente era capaz de demostrar que el Juzgado de lo Social había errado al considerar como hecho probado la inexistencia del grupo de empresas.

No atacando debidamente la declaración de hechos probados realizada por el Juzgado de lo Social, el recurrente cometió un error fatal que compelió al Tribunal Superior de Justicia a examinar la cuestión de fondo tomando como referencia la inexistencia del grupo de empresas y, consiguientemente, la existencia como único demandado de una empresa norteamericana.

Siendo así, habiendo de examinar la cuestión partiendo de las mismas premisas fácticas que habían llevado a declarar al Juzgado de lo Social la falta de competencia judicial internacional para conocer de la demanda planteada por el recurrente, difícilmente el Tribunal Superior de Justicia podía alcanzar una decisión diferente, especialmente cuando resultaba evidente que no concurrían los requisitos previstos en la sección 5 del Reglamento Bruselas I Bis y el artículo 25(1) LOPJ para que los tribunales españoles pudieran conocer de una demanda planteada frente a un empleador extranjero en relación a una relación laboral cuyo único punto de conexión con España era la nacionalidad del demandante.

---

<sup>22</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía STSJ AND 12515/2020, de 2 de Octubre, Fundamento de Derecho 6.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE UN ABOGADO  
CON LA CONDICIÓN DE MONJE, EN UN ESTADO MIEMBRO  
DISTINTO DE AQUEL EN EL QUE HA OBTENIDO EL TÍTULO  
PROFESIONAL. COMENTARIO DE LA STJUE DE 7 MAYO 2019,  
C-431/17

FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF A MONK WHO  
HAS OBTAINED THE PROFESSIONAL QUALIFICATION  
OF A LAWYER IN A MEMBER STATE. COMMENTARY TO  
THE JUDGMENT OF THE CJEU OF 7 OF MAY 2019,C-431/17

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 21.06.2021 / Aceptado: 09.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6303>

**Resumen:** La sentencia objeto de comentario es la respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado griego. En el caso, el órgano remitente pregunta acerca de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 98/5 en relación con la solicitud de inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas de un monje que ha obtenido su título profesional en Chipre. Esta norma europea se encarga de regular el ejercicio de la profesión de abogado, de manera permanente, en un Estado miembro distinto de aquel en el que el sujeto ha obtenido el título profesional. El artículo 3 de la Directiva recoge el único requisito que se debe exigir al abogado, cual es, que se inscriba ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida y que se encuentre inscrito ante la autoridad competente del Estado miembro de origen. En el supuesto objeto de la sentencia, el abogado cumple con el requisito establecido por el legislador europeo. Así es, se encuentra inscrito en el Colegio de Abogados de Chipre y solicita su inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas. Este órgano, precisamente, deniega la inscripción del abogado por su condición de monje. El sujeto recurre esa denegación ante el Consejo de Estado griego y éste plantea cuestión prejudicial al TJUE. El órgano judicial europeo responde a la cuestión exigiendo la inscripción del abogado en el Colegio de Abogados griego y remitiendo al Consejo de Estado la valoración acerca de la proporcionalidad de la medida nacional alegada, que prohíbe a los monjes ejercer como abogados en Grecia.

**Palabras clave:** libertad de establecimiento, abogados, Directiva 98/5, Grecia, monje.

**Abstract:** The judgment under consideration is the answer to a question referred for a preliminary ruling by the Greek Council of State. In it, the referring court questions the interpretation of Article 3 of Directive 98/5 in relation to the application for registration with the Athens Bar of a monk who obtained his professional qualification in Cyprus. That European rule governs the practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the person concerned obtained his professional qualification. Article 3 of the Directive provides only that the lawyer must be registered with the competent authority of the host Member State and that he must be registered with the competent

authority of the home Member State. In the present case, the lawyer fulfils the requirement laid down by the European legislature. He is registered with the Cyprus Bar and applies for registration with the Athens Bar. The Athens Bar refuses to register the lawyer on the grounds that he is a monk. He appealed against that refusal to the Greek Council of State, which referred the matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling. The European Court answers the question by requiring the lawyer to be registered with the Greek Bar and referring to the Council of State the assessment of the proportionality of the national measure prohibiting monks from being lawyers in Greece.

**Keywords:** freedom of establishment, lawyers, Directive 98/5, Greece, monk

**Sumario:** I. Introducción; II. Hechos del caso; III. Problemas que plantea la sentencia; IV. Libertad de establecimiento; 1. Concepto y requisitos; 2. Excepciones; V. Directiva 98/5; 1. Objeto de regulación: libertad de establecimiento de los abogados; 2. Requisito previo para acceder a la profesión en un Estado miembro distinto a aquel en el que se ha obtenido el título profesional; 3. Requisitos a cumplir para el ejercicio efectivo de la profesión en el Estado miembro de acogida con el título del Estado miembro de origen; VI. Respuesta del Tribunal; VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe pronunciarse acerca de la denegación de inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas de un monje que ha obtenido el título en un Estado miembro distinto, concretamente, en Chipre.

En el supuesto se plantea el problema del acceso a la abogacía de ciudadanos europeos que han obtenido el título de abogado en un Estado miembro distinto al país en el que quieren ejercer su profesión.

2. El pronunciamiento del Tribunal europeo es la respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado griego. En ella, el órgano remitente pregunta acerca de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 98/5<sup>1</sup>.

Según el primer párrafo del precepto mencionado, “*Los abogados que deseen ejercer en un Estado miembro distinto de aquel en el que hayan obtenido su título profesional deberán inscribirse ante la autoridad competente de dicho Estado miembro*”.

3. La Directiva 98/5 es clara en este punto. En virtud del artículo 3, los ciudadanos deberán inscribirse en el Estado miembro en el que quieran ejercer su profesión de abogado, cuando hayan obtenido su título en otro Estado miembro distinto. Al mismo tiempo, del artículo 3 de la Directiva se deduce el deber de los países miembros de inscribir a los ciudadanos europeos que hayan obtenido su título de abogado en un Estado miembro distinto.

El Colegio de Abogados de Atenas, sin embargo, deniega la solicitud de inscripción del sujeto por la condición de monje del abogado, ya que, en la legislación griega los monjes no pueden ejercer la abogacía (art. 6.6 Estatuto de la Abogacía griega).

4. El Tribunal de Justicia distingue entre la obligación de inscripción del abogado con título obtenido en otro Estado miembro, por un lado, y la posibilidad de impedir el ejercicio de la abogacía, por otro. Dicho de otra manera, una cosa es la inscripción en el Colegio de Abogados -y, por tanto, el acceso a la profesión- y otra es el ejercicio de la abogacía. El órgano judicial europeo se limita a responder en el marco de lo primero y deja en manos del Estado de acogida la segunda cuestión.

---

<sup>1</sup> Directiva 98/5, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 febrero 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, DOCE L77, de 14 marzo 1998.

## II. Hechos del caso

5. Los datos del caso son pocos y no ofrecen ninguna duda. Un monje Ireneo, de nombre Monachos Eirinaios, solicita la inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas el 12 de junio de 2015, para ejercer como abogado en este país con el título profesional obtenido en Chipre<sup>2</sup>.

6. El 18 de junio de 2015, el Colegio de Abogados rechaza su solicitud amparándose en el Derecho griego, según el cual, no puede tener la condición de monje el abogado que ejerza en Grecia (art. 6.6 del Estatuto de la Abogacía griega) (apartado 10).

El Colegio de Abogados griego justifica la normativa nacional, entre otros, en el hecho de que la condición de monje puede no garantizar la independencia que debe caracterizar el ejercicio de la abogacía (apartado 18).

7. El 29 de septiembre de 2015, el abogado impugna la denegación del Colegio profesional y lo hace ante el Consejo de Estado. En el marco del recurso, este órgano griego plantea la siguiente concreta pregunta al Tribunal de Justicia: “*¿Debe interpretarse el artículo 3 de la Directiva 98/5 en el sentido de que el legislador nacional puede prohibir la inscripción de un monje de la Iglesia de Grecia como abogado en los registros de la autoridad competente de un Estado miembro distinto de aquel en el que adquirió su título con el fin de ejercer allí su profesión con el título de origen, ya que los monjes de la Iglesia de Grecia no pueden, con arreglo al Derecho nacional, inscribirse en los registros de los colegios de abogados por no cumplir, debido a su condición, determinados requisitos indispensables para el ejercicio de la abogacía?*” (apartado 21).

## III. Problemas que plantea la sentencia

8. Como se ha comentado antes, son dos las cuestiones que plantea el Tribunal de Justicia en la sentencia. El órgano judicial europeo distingue nítidamente entre dos planos distintos de la misma realidad: acceso y ejercicio.

9. Por un lado, incide en que, según el artículo 3.2 de la Directiva 98/5, el único requisito que se exige para acceder a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida es la inscripción ante la autoridad competente de dicho Estado. Y, para proceder a dicha inscripción, el ciudadano deberá presentar una certificación de su inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen<sup>3</sup>; requisito que se cumple en el caso<sup>4</sup>.

10. Cuestión distinta es la relativa al propio ejercicio de la profesión en el Estado miembro de acogida, el cual, según el artículo 6.1 de la Directiva 98/5, estará sometido a las reglas profesionales y deontológicas existentes en ese Estado. Entre ellas, en Grecia, se encuentra la mencionada más arriba, aquella que prohíbe el ejercicio de la profesión a los monjes (art. 6.6 del Estatuto de la Abogacía griega).

11. El Tribunal de Luxemburgo se centra en responder a la cuestión prejudicial desde la primera de las dos vertientes. En relación con la segunda, pone de manifiesto que debe ser el órgano remitente quién determine si la prohibición de ejercicio de la abogacía a los monjes es proporcional al objetivo perseguido con ella (apartado 35). Si lo fuera, se podría considerar válida. Si no lo fuera, atentaría contra la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE.

<sup>2</sup> Monje Ireneo es un monje de monasterio de Petra, situado en Karditsa (Grecia) (apartado 12). El Colegio de Abogados de Atenas es el Dikigorikos Syllogos Athinon (DSA) (apartado 2).

<sup>3</sup> STJUE 17 julio 2014, *Torresi*, C-58/13 y C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088; STJUE 19 septiembre 2006, *Comisión vs. Gran Ducado de Luxemburgo*, C-193/05, ECLI:EU:C:2006:588, apartado 37; STJUE 19 septiembre 2006, *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apartado 67.

<sup>4</sup> El sujeto se encontraba inscrito en el Colegio de Abogados de Chipre desde el 11 de diciembre de 2014 (apartado 27 Conclusiones de la Abogado General, ECLI:EU:C:2018:1028).

## IV. Libertad de establecimiento

### 1. Concepto y requisitos

12. La Directiva 98/5 es la norma europea que se encarga de regular la libertad de establecimiento de los abogados<sup>5</sup>. Esta libertad europea consiste en el derecho de “*acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales*” (art. 49 TFUE)<sup>6</sup>. Por lo tanto, “*quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro*” (art. 49 TFUE).

13. Los únicos requisitos para ser beneficiario de la libertad de establecimiento son los que están recogidos en la propia norma, esto es, que la persona física sea nacional de un Estado miembro y que pretenda establecerse en un país miembro distinto al de su nacionalidad para desarrollar una actividad no asalariada<sup>7</sup>.

El concepto de establecimiento ha sido definido por el Tribunal de Justicia, entre otras y precisamente en relación con abogados, en la sentencia del caso Gebhard<sup>8</sup>. Según el órgano judicial europeo, el establecimiento “*implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 21)*” (apartado 25)<sup>9</sup>. Del concepto anterior se deduce que el establecimiento debe ser permanente<sup>10</sup>.

### 2. Excepciones

14. No obstante lo anterior, la libertad de establecimiento presenta excepciones a su ejercicio<sup>11</sup>. Así, según establece el artículo 51 TFUE, las actividades que estén relacionadas, aunque sea de manera ocasional, con el poder público, no estarán sometidas a esta libertad europea. Por otro lado, el artículo 52 TFUE dispone que el orden público, la seguridad y la salud públicas son razones para impedir el ejercicio de la libertad de establecimiento.

Respecto de la primera excepción, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el asunto *Reyners* en el sentido de entender, en primer lugar, que son las actividades y no la profesión, las que tienen que ser evaluadas para determinar si se encuentran relacionadas con el ejercicio del poder público

<sup>5</sup> Vid., por todos, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Comares, Granada, 2003 y la bibliografía que contiene.

<sup>6</sup> Vid., por todos, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003 y la bibliografía que contiene.

<sup>7</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 105; C. MARQUÉS RUIZ, “La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CEE”, *Revista General de Derecho*, núm. 490-491, julio-agosto, 1985, p. 2246.

<sup>8</sup> STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411

<sup>9</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Comares, Granada, 2003, p. 28.

<sup>10</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 105.

<sup>11</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 157-158.

(apartado 45)<sup>12</sup>. En segundo lugar, teniendo en cuenta las actividades, las más típicas de la profesión de abogado no puede considerarse que impliquen una relación directa y específica con el ejercicio del poder público (apartado 54). Actividades como “*el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación y la defensa de las partes ante los Tribunales, aun cuando la intervención o asistencia del Abogado sea preceptiva o constituya una exclusividad impuesta por la ley*” (apartado 52). En este sentido, “*que las prestaciones profesionales que implican contactos, incluso regulares y orgánicos, con los órganos jurisdiccionales y hasta una colaboración obligatoria a su funcionamiento, no constituyen sin embargo una participación en el ejercicio del poder público*” (apartado 51).

En relación con la segunda excepción, el Tribunal de Justicia considera que el recurso al orden público “*requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*” (apartado 35 de la STJCE, de 27 octubre 1977, *Bouchereau*, asunto 30-77, ECLI:EU:C:1977:172).

15. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal europeo también incluye el interés general como motivo para condicionar el ejercicio de las libertades europeas de establecimiento y de prestación de servicios (entre otras, STJCE de 28 abril 1977, *Thieffry*, asunto 71/76, ECLI:EU:C:1977:65, apartados 12 y 15; STJCE de 20 mayo 1992, *Ramrath*, C-106/91, ECLI:EU:C:1992:230, apartado 29; STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, apartado 37; STJCE de 31 marzo 1993, *Kraus*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, apartado 32). Por esta razón, “*el acceso a algunas actividades por cuenta propia y su ejercicio pueden estar supeditados a la observancia de determinadas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, justificadas por razones de interés general, tales como las normas de organización, de aptitud, de deontología, de control y de responsabilidad (véase la sentencia de 28 de abril de 1977, Thieffry, 71/76, Rec. p. 765, apartado 12). Estas disposiciones pueden prever, en particular, que el ejercicio de una actividad específica quede reservado, según el caso, a aquellas personas que sean titulares de un diploma, certificado u otro título, a las que pertenezcan a un Colegio profesional o bien a las que estén sometidas a determinada disciplina o control. Dichas disposiciones pueden también establecer los requisitos para la utilización de los títulos profesionales, como el de «avvocato»*” (apartado 35 de la STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411).

No obstante lo anterior, debido al carácter absoluto de las libertades europeas, toda medida que suponga un obstáculo o una restricción a su ejercicio debe concurrir de manera excepcional y cumpliendo los siguientes cuatro requisitos: “*que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*” (STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, apartado 37; en relación con los dos últimos requisitos, *vid.*, STJCE de 31 marzo 1993, *Kraus*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, apartado 32; STJCE de 20 mayo 1992, *Ramrath*, C-106/91, ECLI:EU:C:1992:230, apartado 30). Respecto a la exigencia de la necesidad de la limitación, para comprobar su concurrencia se ha tener en cuenta que no exista otra medida menos restrictiva que consiga alcanzar el mismo objetivo<sup>13</sup>.

## V. Directiva 98/5

### 1. Objeto de regulación: libertad de establecimiento de los abogados

16. La Directiva 98/5 regula el ejercicio de la libertad de establecimiento de los abogados europeos en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que han obtenido el título profesional (arts. 1.1 y 1.2). La Directiva ha sido transpuesta a ordenamiento español a través del Real Decreto

<sup>12</sup> STJCE de 21 junio 1974, *Reyners*, asunto 2-74, ECLI:EU:C:1974:68

<sup>13</sup> STJCE 3 diciembre 1974, *Van Binsbergen*, asunto 33/74, ECLI:EU:C:1974:131; STJCE 4 diciembre 1986, *Comisión vs. RFA*, C-205/84, ECLI:EU:C:1986:463.

936/2001<sup>14</sup>. Y ha sido transpuesta al ordenamiento griego mediante el “*Proedriko Diatagma 152/2000, Diefkolynsi tis monimis askisis tou dikigorikoy epaggelmatos stin Ellada apo dikigorous pou apektisan ton epaggelmatiko tous titlo se allo kratos-melos tis EE (Decreto Presidencial 152/2000, por el que se facilita el ejercicio permanente de la profesión de abogado en Grecia por parte de abogados que han obtenido el título en otro Estado miembro de la Unión Europea)*” (apartado 17 Conclusiones de la Abogado General).

**17.** Como vemos, la Directiva no exige que el abogado deba ser nacional de un Estado miembro distinto de aquel en el que pretende ejercer la libertad de establecimiento. No es necesario, por tanto, que el abogado europeo sea nacional de un Estado miembro diferente de aquel en el que quiere ejercer su profesión, lo importante es que haya obtenido el título de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que quiere desarrollar su actividad (art. 1.1). Ahora bien, en cualquier caso debe tratarse de un ciudadano con nacionalidad de un país de la Unión (art. 1.2)<sup>15</sup>.

En este contexto, hablaremos de Estado miembro de origen, para referirnos al país en el que el ciudadano europeo ha obtenido su título profesional, y de Estado miembro de acogida, en relación con el país en el que el sujeto quiere ejercer su profesión.

**18.** El legislador europeo regula en la Directiva 98/5 la posibilidad de que el abogado, con título profesional emitido en el Estado miembro de origen, pueda ejercer su profesión con dicho título en el Estado miembro de acogida. Si, por el contrario, el nacional europeo quisiera ejercer su profesión en un Estado miembro distinto de aquel en el que ha obtenido el título profesional y quisiera hacerlo con el título de este país de acogida, debería tener en cuenta, en principio, la Directiva 2005/36, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales<sup>16</sup>.

## **2. Requisito previo para acceder a la profesión en un Estado miembro distinto a aquel en el que se ha obtenido el título profesional**

**19.** Según prescribe el artículo 3 de la Directiva 98/5, el requisito para que el abogado pueda acceder al ejercicio de manera permanente de su profesión en un Estado miembro distinto de aquel en el que ha obtenido el título profesional es la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida (art. 3.1).

Para ello, para que la autoridad competente del Estado miembro de acogida proceda a inscribir al abogado, deberá éste aportar un certificado de su inscripción en el Estado miembro de origen (art. 3.2). Se podrá exigir que la certificación de la inscripción en el Estado miembro de origen sea de una fecha dentro de los tres meses anteriores a su presentación en el país de acogida (art. 3.2). Por otro lado, la autoridad competente del Estado miembro de acogida notificará a la autoridad competente del Estado miembro de origen la inscripción del abogado (art. 3.2).

**20.** Como vemos, por tanto, no sólo se exige que el abogado se inscriba en el Estado miembro de acogida, también se requiere que esté inscrito en el Estado miembro de origen. La imposición de ambas condiciones se justifica por el hecho de conseguir, así, eliminar desigualdades y distorsiones de la competencia, derivadas de las distintas regulaciones nacionales en materia de acceso a la profesión de abogado (Considerando 6 Directiva 98/5). Con esta uniformización de requisitos se eliminan obstáculos a la libre circulación de los abogados en la Unión Europea (Considerando 6 Directiva 98/5).

<sup>14</sup> Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, BOE núm. 186, de 4 agosto 2001

<sup>15</sup> En este sentido, el Tribunal de Justicia ha establecido que en caso de doble nacionalidad, si una de ellas es europea, el ciudadano cumplirá con el requisito de ser nacional de un Estado miembro para ejercer la libertad de establecimiento (STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295, apartado 15).

<sup>16</sup> DOUE L255, de 30 septiembre 2005.

**21.** En España, por ejemplo, abogado es aquel que ha obtenido el Grado en Derecho y, además, ha realizado el Máster habilitante de acceso a la profesión y ha superado el examen de acceso que convoca el Ministerio de Justicia. Pues bien, esta persona no tiene por qué estar inscrito en un Colegio de Abogados español, salvo que quiera ejercer su profesión en este país. Si estamos, por tanto, ante un abogado con título español que no ha ejercido en España y que, por ello, no se encuentra colegiado en nuestro país, que quiere desarrollar su actividad en otro Estado miembro, debería antes inscribirse en el Colegio de Abogados español de su domicilio para, después, solicitar la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida (art. 23 del Real Decreto 936/2001).

Este requisito de la previa inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen podría ser considerado una traba a la libertad de establecimiento en algunos casos, sin embargo, como ha sido establecido por el legislador europeo no se podría actuar por este motivo frente al Estado que lo impone en el caso particular. El obstáculo estaría representado, en principio, por la cuota que el abogado debería abonar para inscribirse en el Colegio del Estado miembro de origen en los supuestos, como el español, en los que no sea necesaria la colegiación para tener la condición de abogado y se trate de un profesional que, efectivamente, no se encuentre inscrito en el Colegio de Abogados. Es más, pudiendo reducir este obstáculo, el Colegio de Abogados de Madrid, por ejemplo, lo incrementa, ya que, exige a los ciudadanos con título de un Estado miembro distinto a España, que quieran ejercer en nuestro país con el título de origen, que acrediten que se encuentran inscritos en un Colegio de Abogados del Estado de origen pero en calidad de ejercientes, y no, alternativamente, como no ejercientes; habiendo tenido que pagar el profesional una cuota mayor, en consecuencia.

En la ley de transposición griega, en cambio, se podría eliminar este impedimento al exigir el legislador nacional que la autoridad del Estado miembro de origen que certifique la inscripción sea “*la autoridad que expidió el título u otra autoridad competente del Estado de origen*” (apartado 18 Conclusiones de la Abogado General). Esto es, no debe ser, necesariamente, un Colegio de Abogados el que aporte la certificación. Con la autoridad que expidió el título como la competente, entre otras, no habría obstáculo de ningún tipo porque partimos de la premisa de que el solicitante ha obtenido su título profesional en ese Estado miembro y, por tanto, siempre existirá esa autoridad que lo ha expedido y que podrá acreditar la condición de abogado, sin que el profesional tenga que inscribirse *ex profeso* ante ella para cumplir con el requisito. Otra cuestión es que esa autoridad que expidió el título tiene que acreditar la *inscripción* en el Estado miembro de origen del abogado. Podría pensarse en este punto que, como la *inscripción* es el elemento que el legislador europeo considera necesario para probar la cualidad de abogado, *inscripción* es sinónimo de *abogado*. Pues bien, en estos países en los que no es necesaria la inscripción para obtener la condición de abogado, *inscripción* podría ser equivalente a *constancia pública del título profesional*. Como vemos, tan importante es lo que dice la norma como la interpretación que se pueda realizar de la misma. Así es, estas normas deben ser sometidas a la interpretación que mejor conviva con el respeto a la libertad de establecimiento y, cuanto más margen ofrezca el legislador para ello, más fácil será esa adaptación de la normativa a la observancia de la libertad europea.

**22.** Es aceptable y se puede compartir por todos que es adecuado exigir los mismos requisitos para el acceso a la abogacía en todos los países de la Unión Europea pero, también es cierto, que la libertad de establecimiento no exige que el ciudadano europeo se encuentre previamente establecido en un país miembro de la UE para poder ejercer este derecho en otro Estado miembro. En efecto, con sólo tener la nacionalidad europea el sujeto puede desplazarse a cualquier país de la Unión para ejercer su profesión de forma no asalariada y de manera permanente. Por lo anterior, la exigencia de colegiación previa en el Estado miembro de origen representaría un obstáculo al ejercicio de la libertad europea en los casos en los que el país de origen no exige tal requisito para que el ciudadano pueda tener la condición de abogado -como ocurre en España-. En los supuestos en los que la inscripción en un Colegio de Abogados es condición *sine qua non* para la adquisición del título profesional de abogado -Francia, por ejemplo-, tiene sentido este requisito y no supondría ningún obstáculo a la libertad de establecimiento. Sin embargo, para aquellos otros casos en los que la colegiación no es necesaria para obtener la cualificación de abogado, exigir este requisito para ejercer en otro Estado miembro podría considerarse una traba a la libertad europea del artículo 49 TFUE.

Si hay que igualar requisitos en todos los países de la Unión Europea, lo conveniente habría sido igualar a la baja para favorecer la libertad de establecimiento y no, lo que se podría interpretar que ha hecho el legislador, que es igualar, en este punto al menos, al alza, imponiendo a todos la colegiación en el Estado miembro de origen, tanto en casos en los que ésta es necesaria para ser abogado como en aquellos otros países en los que no. En realidad, debemos matizar lo expuesto porque la Directiva habla de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen y, en ningún caso, menciona los Colegios de Abogados como estas autoridades. Lo que deba entenderse por *autoridad competente del Estado miembro de origen* se deja a la discreción del legislador nacional. En el caso del legislador español, esta autoridad es el Colegio de Abogados del domicilio profesional único o principal -tanto cuando España sea el Estado miembro de origen como cuando lo sea de acogida (arts. 23 y 4 Real Decreto 936/2001, respectivamente)-. En el caso del legislador griego, se trata de la autoridad que expidió el título o cualquiera otra competente. La normativa griega, con la interpretación aportada anteriormente en el párrafo 21 in fine, no vulneraría la libertad de establecimiento y la española, en estos casos señalados, sí podría hacerlo.

**23.** Volviendo a la Directiva, este requisito previo de inscripción es el que ha sido objeto de armonización por parte de la norma (apartado 26). El legislador europeo, por tanto, se centra en regular los aspectos mínimos y formales que se deben exigir para ejercer la libertad de establecimiento en este sector de la abogacía. Condiciones, como decimos, mínimas y formales porque la libertad de establecimiento es un derecho que no está sujeto a ninguna limitación o restricción, salvo, fundamentalmente, por cuestiones de interés público.

### **3. Requisitos a cumplir para el ejercicio efectivo de la profesión en el Estado miembro de acogida con el título del Estado miembro de origen**

**24.** Como indica el artículo 49 TFUE, el ejercicio de la libertad de establecimiento conlleva que el ciudadano europeo reciba un trato nacional en el Estado miembro de acogida<sup>17</sup>. Esto es, tal como recoge el artículo 6 de la Directiva 98/5, independientemente de las normas aplicables al ejercicio de la profesión en el Estado miembro de origen, el abogado debe someterse a estas mismas normas del Estado miembro de acogida en relación con su actividad en dicho Estado.

Efectivamente, en el ejercicio con el título profesional de origen en el Estado miembro de acogida, el nacional europeo deberá cumplir con las mismas normas que regulan la profesión aplicables a los abogados con título obtenido en ese Estado de acogida -principio de trato nacional-.

**25.** En este sentido, el artículo 6.1 de la Directiva menciona las normas de la profesión y las normas deontológicas como aquellas que deben ser observadas por estos abogados que ejercen en el Estado de acogida con el título profesional del Estado de origen.

Además, el incumplimiento de dichas normas tendrá las consecuencias disciplinarias previstas en el Estado miembro de acogida (art. 7.1). Del procedimiento, sanciones y/o recursos que se sucedan en este Estado, la autoridad del Estado miembro de acogida informará a la autoridad del Estado miembro de origen (art. 7.2). Lo mismo, a la inversa (art. 7.2).

**26.** En relación con estas estas normas, es el Estado miembro de acogida el que se ocupa de definir las. En este ámbito nacional el legislador europeo no dispone nada salvo los límites a los que debe someterse la discrecionalidad del legislador nacional.

Así es, la libertad de establecimiento, como ya hemos comentado, es un derecho europeo, por tanto, derecho que debe ser respetado por todos los legisladores nacionales quienes, al formar parte de la Unión Europea, se comprometen a no obstaculizar su consecución (art. 4.3 TUE). Por ello, si bien a

---

<sup>17</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 141-142.

nivel interno se pueden imponer condiciones al ejercicio de la profesión de abogado, estas deben tener en cuenta el compromiso asumido por el Estado en el marco europeo, ya que, estas condiciones deben ser aplicadas a todos los abogados que ejerzan en ese Estado, ya sea con el título profesional del Estado miembro de origen o con el título expedido por ese país y, por tanto, podrían vulnerar la libertad de establecimiento. Así es, como también el legislador nacional se ha comprometido a respetar el principio de no discriminación (art. 6.1 Directiva 98/5), no puede imponer condiciones distintas según el abogado ejerza en su territorio con título nacional o con título de otro Estado miembro. En definitiva, las mismas y únicas condiciones para ejercer la profesión en un país de la Unión no deben suponer un obstáculo a la libertad de establecimiento, salvo que se encuentren justificadas, principalmente, por razones de interés general. En este caso, como ya se ha recogido antes, deben ser no discriminatorias, deben ser proporcionadas al objetivo perseguido con ellas y deben ser necesarias para alcanzar dicho objetivo (STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, apartado 37).

## VI. Respuesta del tribunal

27. El Tribunal de Justicia pone de manifiesto las dos cuestiones señaladas y responde a una sola de ellas, dejando la otra para que sea el órgano remitente el que la solucione. Lo hace así porque la cuestión prejudicial planteada alude exclusivamente al requisito previo recogido en el artículo 3 de la Directiva 98/5.

28. Efectivamente, el órgano judicial europeo debe limitarse a responder a la cuestión prejudicial del Consejo de Estado griego, por lo tanto, debe centrarse en la interpretación del artículo 3 de la Directiva de establecimiento en el caso particular.

En este sentido, no hay duda alguna. El abogado cumple con el requisito de estar inscrito ante la autoridad competente de Chipre y, por ello, frente a la solicitud de inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas, la respuesta debe ser favorable a su petición. Como ya se ha mencionado, para que el abogado pueda ser inscrito en el Colegio de Abogados de Atenas sólo tiene que presentar una certificación de su inscripción en el Estado miembro de origen<sup>18</sup>. Esta premisa se cumple y, por tanto, no hay ninguna razón para no permitir la colegiación en Atenas (apartado 36).

29. Merece más interés la segunda cuestión, respecto de la que el Tribunal europeo no se pronuncia por no haber sido sometida a su interpretación. Se trata de los requisitos que debe cumplir el abogado, ya inscrito ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida, para poder ejercer su profesión en ese país. La colegiación en el Estado miembro de acogida no garantiza, por tanto, el ejercicio de la profesión allí, para llegar al estadio final de este proceso y conseguir el objetivo pretendido con la libertad de establecimiento, es necesario ese primer paso de estar inscrito en el Estado miembro de acogida, pero no es suficiente. Así es, el abogado con título del Estado miembro de origen debe, además, respetar las mismas reglas de funcionamiento de la profesión que deben observar los abogados con título nacional, y estas reglas las establece el Estado miembro de acogida. Dicho de otra manera, estas normas deben ser aplicadas, por igual, a todos los abogados inscritos en el Estado miembro de acogida (STJUE 2 diciembre 2010, *Jakubowska*, C-225/09, ECLI:EU:C:2010:729, apartado 62)<sup>19</sup>.

Una de estas normas, precisamente la que se alega en este caso, es la que indica que un monje no puede ejercer la profesión de abogado en Grecia (art. 6.6 Estatuto de la Abogacía griega). Según el Colegio de Abogados de Atenas, la razón que justifica esta limitación de la ley griega se encuentra en que esta

<sup>18</sup> STJUE 17 julio 2014, *Torresi*, C-58/13 y C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088; STJUE 19 septiembre 2006, *Comisión vs. Gran Ducado de Luxemburgo*, C-193/05, ECLI:EU:C:2006:588, apartado 37; STJUE 19 septiembre 2006, *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apartado 67.

<sup>19</sup> *Vid.*, C. FERNÁNDEZ/I. MORENO-TAPIA RIVAS, “La libertad de establecimiento de los abogados en la Unión Europea (Comentario a la STJUE de 2 de diciembre de 2010, asunto C-225/09, *Jakubowska*)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 329, 2012, pp. 177-180.

condición de monje “no permite ofrecer determinadas garantías, como, en particular, la independencia respecto de las autoridades eclesiásticas a las que está sujeto, la posibilidad de dedicarse plenamente al ejercicio de la abogacía, la capacidad para gestionar asuntos en un contexto de conflicto, la fijación de su establecimiento real en la demarcación del tribunal de primera instancia de que se trate y el respeto de la prohibición de prestar servicios a título gratuito” (apartado 18).

En relación con esta condición impuesta por la normativa nacional, el Tribunal de Luxemburgo remite al Consejo de Estado griego para que compruebe si la misma es contraria a la libertad de establecimiento o si se puede encontrar cubierta por la excepción del interés general.

**30.** Pues bien, vamos a ir más allá de lo que resuelto por el Tribunal de Justicia en esta sentencia y vamos a intentar ponerlos en el lugar del órgano judicial remitente para dar respuesta a esta cuestión.

Desde ya anticipamos que la prohibición de ejercicio de la profesión de abogado en Grecia a los monjes parece desproporcionada e innecesaria. Y, para llegar a esta conclusión, vamos a ir rebatiendo cada una de las razones que se aportan por el Colegio de Abogados de Atenas en este sentido.

**31.** Recordamos que la autoridad competente del Estado miembro de acogida argumenta que la condición de monje puede interferir en su independencia con respecto a las autoridades eclesiásticas, puede impedir una dedicación plena a la abogacía, puede determinar su incapacidad para gestionar conflictos, puede impedir tener un establecimiento real en la demarcación del tribunal de primera instancia correspondiente y puede condicionar el respeto de la prohibición de prestar servicios de manera gratuita.

Empezando por la primera razón esgrimida, su falta de independencia de las autoridades eclesiásticas, el mismo argumento podría alegarse en relación con cualquier abogado, sea monje o no, respecto de cualquier persona o institución con la que mantenga una relación de subordinación o dependencia<sup>20</sup>. Por lo tanto, no es necesario establecer esta limitación concreta, en relación con los monjes, para alcanzar el objetivo de independencia en el ejercicio de la abogacía. Además, el abogado debe ser libre de aceptar los casos que quiera defender y, si aceptar algún asunto le pudiera suponer un problema deontológico, rechazándolo estaría resuelta la incompatibilidad. Por lo tanto, la medida, también, es desproporcionada al objetivo de independencia pretendido. En cualquier caso, abundando en esta idea, quizá el monje consiguiera un compromiso de sus autoridades eclesiásticas de respetar su independencia (apartado 78 Conclusiones de la Abogado General).

En relación con la segunda razón, la relativa a la imposibilidad de dedicación exclusiva a la abogacía, esto sí podría no ser cumplido por un monje precisamente por su vinculación eclesiástica. Sin embargo, primero debería determinarse si la condición de monje podría considerarse como ejercicio de otra profesión y, por ello, podría impedir la dedicación exclusiva a la abogacía<sup>21</sup>. Y, en segundo lugar, no es necesario concretar este impedimento en los monjes, cualquier abogado puede verse inmerso en este motivo de incompatibilidad. En todo caso, igualmente como en relación con la razón anterior, el monje podría llegar a un acuerdo con las autoridades religiosas para permitirle dedicar tiempo suficiente al ejercicio de la profesión y poder cumplir, así, con este requisito de dedicación exclusiva a ella (apartado 78 Conclusiones de la Abogado General).

En tercer lugar, la incapacidad para gestionar situaciones en caso de conflicto no debe ser exclusiva de los monjes, cualquier persona, religiosa o no, puede no saber gestionar una situación de conflicto si su carácter y/o su forma de pensar le impiden ponerse en el lugar del otro para intentar poner fin a una disputa. Por ello, la limitación, por esta razón, resulta desproporcionada e innecesaria al objetivo pretendido.

En cuarto lugar, el hecho de que la condición de monje le impida tener un establecimiento real en la demarcación del tribunal de primera instancia correspondiente podría ser verdad pero, igual que

<sup>20</sup> *Vid.*, en el sentido de la incompatibilidad en el ejercicio de la profesión de abogado y de auditor en Países Bajos, STJUE 19 febrero 2002, C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98

<sup>21</sup> *Vid.*, en relación con la posible consideración de la actividad religiosa como profesión en Grecia, M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “La condición de monje no impide ejercer como abogado en la Unión Europea (1). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 7 de mayo de 2019, asunto C-431/17: *Monje Ireneo v. Colegio de Abogados de Atenas*”, *La Ley Unión Europea*, nº 72, julio 2019. Según este autor, en Grecia los ministros de culto de la Iglesia Ortodoxa tienen un estatuto similar al de funcionario público.

en caso anterior, no tiene que ser exclusivo de los monjes. También puede haber abogados no monjes que, por sus circunstancias personales, no tengan establecimiento en ese lugar y no por eso se les impide acceder a la profesión de abogado en Atenas. Se podrían ver sometidos a alguna sanción o consecuencia en el momento en el que se descubra ese incumplimiento pero no se les impediría a priori el ejercicio de la abogacía. En todo caso, igualmente como en relación con las razones anteriores, las autoridades eclesiásticas podrían permitir al sujeto tener un establecimiento en la demarcación requerida (apartado 78 Conclusiones de la Abogado General).

Por último, la condición de monje, según el Colegio de Abogados de Atenas, no permite garantizar el cumplimiento de la prohibición de prestar servicios de forma gratuita. De nuevo, nos encontramos ante una circunstancia de la incumbencia exclusiva del monje, quien, por ejemplo, podría cobrar honorarios -si está obligado a ello- y donar los mismos a la institución que él quisiera o a la propia autoridad eclesiástica a la que pertenece (apartado 78 Conclusiones de la Abogado General). Lo mismo que podría hacer cualquier otro abogado que no fuera monje y no quisiera cobrar todos o algunos de los servicios prestados.

**32.** En resumen, como ya habíamos adelantado, la prohibición de ejercicio de la profesión de abogado a los monjes podría ser una restricción de la libertad de establecimiento que no se encontraría justificada en razones de interés general.

Todos los argumentos esgrimidos pueden ser aplicados a cualquier persona y no sólo a aquellas que tengan la condición de monje. Al margen de que el abogado sea monje, debe actuar de manera independiente y no aceptar influencias de ningún tipo, debe tener un establecimiento en la demarcación del tribunal de primera instancia ante el que ejerza, debe cumplir con la prohibición de no prestar servicios de manera gratuita y debe dedicarse exclusivamente a la profesión de abogado. Y queda en la esfera del sujeto la capacidad de gestión del conflicto. Dependiendo de esto último el éxito en su profesión será mayor o menor pero, en todo caso, ésta es una cuestión que concierne sólo al sujeto y nunca al Estado.

Estos argumentos, además de que pueden aplicarse a cualquier abogado, deberían ser requisitos a cumplir por parte de los profesionales en el ejercicio de la abogacía, pero nunca podrían ser requisitos previos, eliminatorios, que impidan el acceso al ejercicio de la profesión. Como mucho, podrían ser requisitos deontológicos que conllevaran, a posteriori -una vez el abogado ha empezado a ejercer-, una sanción; la cual podría ser la prohibición de ejercicio, claro está (STJUE 2 diciembre 2010, *Jakubowska*, C-225/09, ECLI:EU:C:2010:729, apartado 57). Estamos de acuerdo con la Abogado General en este sentido de que no se debe suponer cuál va a ser el comportamiento del abogado y sancionar sólo la actuación real del profesional que infrinja las reglas de funcionamiento de la abogacía en el Estado de acogida (apartados 68 y 73 Conclusiones).

Por último, la consideración de estos requisitos como desproporcionados e innecesarios supondría que no podrían imponerse a los abogados con título profesional de origen. En este escenario, por el principio de no discriminación, deberían también dejar de imponerse a los monjes con título profesional de Grecia para no incurrir en una discriminación *à rebours*<sup>22</sup> (art. 6.1 Directiva 98/5).

## VII. Conclusiones

**33.** La sentencia del Tribunal de Justicia objeto de comentario es impecable. Pone de manifiesto los dos planos, el europeo y el nacional, que concurren en el caso. El órgano judicial europeo se limita a actuar en el primero de ellos, interpretando el artículo 3 de la Directiva 98/5. En relación con el segundo, simplemente porque no ha sido objeto de la cuestión prejudicial planteada ante él, se limita a remitir al Consejo de Estado griego que pregunta.

Es importante destacar esto último, que el Tribunal no se pronuncia en relación con la norma interna del Estado en cuestión porque no ha sido sometida a su interpretación pero no porque no pueda hacerlo en cualquier otro caso en el que se le pregunte por ella. Así es, la norma interna litigiosa, la que

<sup>22</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, pp. 132-134.

indica que los monjes no pueden ejercer la profesión de abogado, puede afectar a la libertad de establecimiento de los profesionales que quieran ejercer en Grecia habiendo obtenido su título en otro Estado miembro. Éste precisamente es el caso y el Tribunal de Justicia podría haberse pronunciado en relación a ella si hubiera sido preguntado por esta cuestión.

**34.** En relación con la aplicación del artículo 3 de la Directiva 98/5, el órgano judicial europeo indica que el precepto establece el único requisito que debe ser exigido al abogado con título de otro Estado miembro para que acceda a la profesión en el Estado miembro de acogida, cual es, la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen y la solicitud de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida. Si el profesional cumple con este único requisito de encontrarse inscrito ante la autoridad del Estado miembro de origen, la autoridad del Estado miembro de acogida no puede negar la inscripción. Esto es lo que ocurre en el caso. El sujeto se encuentra inscrito en el Colegio de Abogados de Chipre y solicita su inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas. Este órgano, sin embargo, deniega su inscripción por la condición de monje del solicitante. Según el Estatuto de la Abogacía de Grecia, los monjes no pueden ejercer la profesión de abogado.

**35.** El Tribunal de Justicia, interpretando el artículo 3 de la Directiva 98/5 en el caso particular, indica que el sujeto debe ser inscrito en el Colegio de Abogados de Atenas porque cumple con el único requisito exigido para ello. Sin embargo, deja que sea el órgano remitente el que valore si esa prohibición de ejercicio de la abogacía a los monjes resulta proporcional. Esto es, lo que hace el Tribunal de Luxemburgo es tener en cuenta las excepciones a la libertad de establecimiento, entre las que se encuentra, el interés general siempre que la limitación o impedimento de la libertad de establecimiento no se aplique de manera discriminatoria, sea proporcional al objetivo perseguido y sea necesaria para conseguir ese objetivo. En el caso particular, la regulación interna griega debe ser coherente con la libertad de establecimiento de los abogados, debe, por tanto, no obstaculizar este derecho en relación con los profesionales que quieran ejercer en el Estado miembro de acogida con el título del Estado miembro de origen. No obstante, si esa regulación interna, limitativa de la libertad de establecimiento, se encuentra justificada por razones de interés general, será válida. En este sentido, deja en manos del órgano remitente valorar esta cuestión para saber si la medida restrictiva puede ser considerada válida pese a obstaculizar el derecho de establecimiento.

VALIDITY OF CHOICE OF COURT AGREEMENTS, ABUSIVE  
TERMS IN AIR CARRIAGE CONTRACTS, ASSIGNMENTS  
AND COMPENSATION, IS THERE ROOM FOR ANYONE ELSE?  
(COMMENTS ON CJEU JUDGMENT DELAYFIX, C-519/19)

VALIDEZ DE CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO,  
CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE TRANSPORTE  
DE PASAJEROS AÉREOS Y CESIÓN DE CRÉDITOS: ¿DÓNDE  
CABEN DOS, CABEN TRES? (COMENTARIOS A LA STJUE  
DELAYFIX, C-519/19)

DR. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN\*

*Lecturer in Law - Research Fellow*

*Genova Business School - Universitat Oberta de Catalunya*

Recibido: 14.06.2021/ Aceptado: 14.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6304>

**Abstract:** In *Delayfix* case, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has interpreted the formal and substantive validity of a “choice of court agreement” included in an air carriage of passenger’s contract. But, for the first time, the CJEU has openly declared the unfair nature of these choice of court agreements, not only for the passengers, but also for third parties assigned by them. In opposition with former case law on the effects of a choice of court agreement for assignees. In carriage of passengers’ contracts, third parties are usually agencies devoted to the defense of air passenger rights and collection of credits who claim for the compensation rights in accordance with the rights conferred by Regulation 261/2004. From the EU Private International Law approach, the preliminary ruling is of interest, being the Brussels I *bis* regulation the instrument for clarifying whether this choice of court agreement should be deemed as enforceable or not, regarding the requirements of Article 25 Brussels I *bis* due to these contracts are not considered as consumer contracts. To the analysis of the merits and substantive law, contrarily than under EU Private International law rules these contracts are considered as *Business to consumer* (B2C) contracts, and Directive 93/13/CEE and other EU Consumer rules must be applied so as to determine the unfair nature of these clauses in these contracts.

**Key words:** B2C contracts, passenger, consumer, professional, assignment, passengers’ rights, choice of court agreements, consent, substantial validity, *lex fori prorogatio*, renvoi, air carriage contracts, weaker party, abusive terms, assignee, assignment, Brussels I *bis* regulation, Regulation 261/2004, Directive 93/13, asymmetric clauses.

---

\*The author is very grateful and will always remain grateful to the Unit E.2 Consumers and Marketing Law at DG JUST (European Commission), wherein she was shortlisted to perform the Bluebook October Program 2020 (020) granted by the European Commission.

Thank you very much for all what I could learn and for the useful discussions on EU Consumer law, especially on the UCTD.

**Resumen:** En el asunto *Delayfix*, se traen a colación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) aspectos relevantes sobre la validez formal y material de las cláusulas de elección de foro, establecidas en contratos celebrados entre pasajeros y compañías áreas. En este supuesto, los derechos de compensación del pasajero otorgados por el Reglamento 261/2004, se ceden a una tercera empresa encargada de gestionar el cobro. Estos terceros, son agencias especializadas que representan los intereses de los pasajeros (“consumidores”). Lo que se analiza es si la cláusula de elección de foro es válida o no, de conformidad con los requisitos del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis*. No sólo para el pasajero sino también para estas agencias que se subrogan en el crédito. A pesar de que estos contratos están excluidos de la protección que las normas de Derecho internacional privado europeo otorgan a los contratos de consumidores. En lo que se refiere a los aspectos de Derecho sustantivo, el carácter abusivo de la cláusula y por ser considerados contratos de consumo desde este acervo de normas, a pesar de no serlo en las normas de DIPr europeo, se atiende a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE y a otras normas del Derecho europeo de consumo sustantivo.

**Palabras clave:** contratos *B2C*, pasajeros, consumidor, profesional, cesión de créditos, cláusulas de elección de foro, validez material, *lex fori prorrogatio*, reenvío, contratos de transporte aéreo, *B2C*, consumidores, pasajeros, cláusulas abusivas, cesionario, Bruselas I *bis*, Reglamento 261/2004, Directiva 13/93, cláusulas asimétricas.

**Summary:** I. The Preliminary ruling C-591/19, *Delayfix vs. Ryanair*: A) Overview of the merits: B) Facts; II. Aspects of Jurisdiction under Brussels I *bis* Regulation: 1. Choice of Court Agreements and air carriage of passenger’s contracts: *Minding the Gap* between passengers and consumers: A) Features of carriage of passengers’ contracts under EU PIL rules; B) Inclusion of choice of court agreements as a “common practice”: 2. Scope of the Choice of courts agreements: 2.1. An european concept of the Brussels I *bis* Regulation linked with the party autonomy of the parties; 2.2. Third parties at stake: 3. Validity assessment of the Choice of Court Agreements under Article 25 Brussels I *bis* Regulation; 3.1. Formal validity: the “consent” of the parties: 3.2. Substantive validity: *lex fori prorrogatio*?; III. EU Consumer protection law and its Interplay with the Brussels I *bis* Regulation: 1. Passengers as consumers-weaker parties and the UCTD implementation for carriage of passenger’s contracts: 2. Other considerations on the substantive law to the assignment of credits; IV. Final Remarks.

## I. Preliminary remarks and ruling C-591/19, *Delayfix vs. Ryanair*

### 1. Overview of the merits

1. *Delayfix vs Ryanair* case is one of these preliminary rulings that should not go unnoticed for many reasons, namely for the influence that will have in the passenger’s protection and for the effects of the choice of court agreements for third parties in certain assignments<sup>1</sup>. Likewise, it must be said that on the validity and unfairness of this choice of court agreements included in carriage of passengers’ contracts, there was no former CJEU case law or precedent hitherto.

Still, there are domestic precedents of some Member States courts, such as of Spain, Belgium and of Poland, which coincide partially on the merits, being the air company in the spotlight the same to all these cases: *Ryanair*. This case-law is worthy to be analysed in comparison to *Delayfix* with some caveats regarding the features of the whole case, and to figure out what is actually beneath its wording.

2. Concerning the effects of the choice of court agreement on third parties assigned by the passenger-creditor, only the Belgian case matches with the CJEU *Delayfix* reasoning, insofar the case

<sup>1</sup> Case C-591/19 (First Chamber), *Delayfix v Ryanair*, of 18 November 2020 (text rectified by order of 13 January 2021) (ECLI:EU:C:2020:933); V. CUARTERO RUBIO, “Cuando el consumidor-pasajero” es una empresa de gestión de cobros y la cláusula atributiva de Competencia judicial internacional es abusiva (Asunto *DelayFix*, C-519/19)”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones jurídicas*, pp. 1-6.

was related to an assignment performed among a passenger and a Belgian collection agency in defense of consumers rights<sup>2</sup>. The Spanish case is not related to the validity for third parties or assignees of the creditors-passengers<sup>3</sup>, as it will be analyzed again. However, all these National courts resolutions upheld that these “choice of court agreements” are null and void as well as unfair for the passengers-consumers, in spite of the exclusion of the “B2C” carriage contracts under EU Private International Law (hereinafter, EU PIL). And all these judgements, in the same vein, declared the unfair nature of these clauses according to the EU consumer substantive law.

3. By far, this judgment has been criticized by some Scholars specialized in EU PIL, considering some of its flaws in the interpretation of the requirements of Article 25 of Brussels *bis* Regulation<sup>4</sup>, insofar the particularities of the case. For instance, critics have been launched to the CJEU interpretation, for being vague in the analysis of the type of contract, the nullity and the unfairness of the choice of court agreement as an alleged “exclusive choice of court clause” for the passenger from the EU PIL rules. Also, relating to the problem of the *renvoi* in connection with the *lex fori prorogatio* for the assessment of the substantive validity of the jurisdictional clause<sup>5</sup>. Even, in the unclear interpretation of the law to perform the assignment between the passenger and the collection agency and so on. Therefore, *Delayfix* goes through many topics of great interest.

## 2. Facts

4. *Delayfix (former Passenger Rights)* is a Polish agency specialized in the protection of air passengers’ rights and the collection of their credits. It is based in Warsaw (Poland). In the same city, *Delayfix* (the assignee) brought cross-border actions before the Courts, against *Ryanair* (the debtor), an Irish air company based in Ireland. *Delayfix* sought for compensation as the successor of the passenger (creditor) who assigned his credit of 250 euros, -due to a cancellation of the flight operated by *Ryanair*-, under the provisions of Regulation 261/2004<sup>6</sup>.

5. The legal representative of *Ryanair* filed a plea considering the Polish Court (District Court of Warsaw) was not internationally competent to hear the case due to the “choice of court agreement” included in the Standard terms of its contract with the passenger. *Ryanair* argued that *Delayfix* was not entitled of the same rights attributed to the passengers, under EU Consumer law, being the “contested” jurisdictional

<sup>2</sup> Belgian Supreme Court, *Happy Flights vs. Ryanair*, case c. 18.0354. 30 May 2018 (ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190208.5), available only in Dutch at: <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190208.5>; G. V. CALSTER, “*Happy Flights v. Ryanair. Belgian Supreme Court* (only) confirms proper *lex causae* of choice of court under Article 25 Brussels Ia”, *GAVC LA-GEERT VAN CALSTER Blog*, 11 March 2019, available at: <https://gavclaw.com/2019/03/11/happy-flights-v-ryanair-belgian-supreme-court-only-confirms-proper-lex-causae-for-validity-of-choice-of-court-under-article-25-brussels-ia/>

<sup>3</sup> See, C. ORÓ MARTÍNEZ, “Unfair Terms in Low Cost Airline Contracts: A Spanish Court Takes a Bold Step”, *Conflict of Laws*, November 2017, available at: <http://conflictoflaws.net/2013/unfair-terms-in-low-cost-airline-contracts-a-spanish-court-takes-a-bold-step/>; Judgment of Commercial Court of Madrid n°5, 30 September 2013, SJM M 380/2013 (ECLI:ES:2013:380); C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: eficacia de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable incorporadas en condiciones generales”, *REDI*, vol. LXVI, n°1, 2014, pp. 281-284; *id.* “Cuestiones de competencia. judicial internacional en el ejercicio del derecho de compensación de los pasajeros en el transporte aéreo en la Unión Europea”, *La Ley Mercantil*, n°49, 2018, pp.1-20.

<sup>4</sup> Regulation (EU) 1215/2012 of the European Parliament and of the Council, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJL* 351 (recast).

<sup>5</sup> G. V. CALSTER, “*Ryanair v. DelayFix*. The CJEU dots some is on choice of court and unfair term in unfair consumer contracts: defers to national law on the assignment issue; and keeps schtum on *renvoi* in Article 25 Brussels Ia”, *GAVC LA-GEERT VAN CALSTER Blog*, 19 November 2020, available at: <https://gavclaw.com/?s=delayfix> ; on the negative effects for choice of court agreements as stated under Brussels I *bis* Regulation, M. LEHMANN, “CJEU Significantly Weakens Jurisdiction Clauses in Case of Assignment”, *EAPIL*, 30 November 2020, available at: <https://eapil.org/2020/11/30/cjeu-significantly-weakens-jurisdiction-clauses-in-case-of-assignment/>

<sup>6</sup> Regulation (EC) 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights and repealing Regulation (ECC) No 295/91, *OJ*, L46/1.

clause enforceable to the assignee (according to the *lex fori prorrogati*). The District Court rejected the plea stating the unfair nature of this choice of court agreement in accordance with the provisions of Directive 93/13/EEC (hereafter, the UCTD<sup>7</sup>) and following former Polish case law of the Supreme Court<sup>8</sup>.

In addition, the Polish court estimated the assignment duly performed under the Polish law of credits (Polish Civil Code)<sup>9</sup>. After this resolution of the District Court, Ryanair appealed before the Regional Court of Warsaw (Commercial Appeals Division N 23) that decided to stay the proceedings to submit in accordance with the Article 267 of the TFEU a preliminary ruling with a single question:

“Should Articles 2(b), 3(1) and (2) and 6(1) of Directive 93/13....and Article 25 of Regulation (No 1215/2012), as regards examination of the validity of an agreement conferring jurisdiction, be interpreted as meaning that the final purchaser of a claim acquired by way of assignment from a consumer, which final purchaser is not a consumer himself, may rely on the absence of individual negotiation of contractual terms and on unfair contractual terms arising from a jurisdiction clause”.

## II. Aspects of Jurisdiction under Brussels I bis Regulation

### 1. Choice of court agreements and air carriage of passenger’s contracts: *Minding the Gap between passengers and consumers*

#### A) Features of carriage of passengers ‘contracts under EU PIL rules

6. To understand the particularities of this case (furthermore: to understand the critics the CJEU *Delayfix* interpretation has received), one should depart from succinctly recalling that a *Business to consumer contract* (B2C) entered into a passenger and a transporter is excluded of the jurisdiction rules on consumers protection of the Brussels I bis Regulation (Chapter II, Section 4).

As laid down in Article 17 (3) Brussels I bis Regulation: “*This Section shall not apply to a contract of transport other than a contract which, for inclusive price, provides for a combination of travel and accommodation*”<sup>10</sup>. This legal treatment is at odds with the treatment these contracts receive under the EU substantive consumer law as it will be further explained under Section III<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Council Directive 93/13/EEC, of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L 95*, amended through Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC, and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *OJ L 304*, 2011 (*Omnibus Directive*).

<sup>8</sup> Case C-519/19 par 18 (operative part); “(...) *the unfairness of a term of a contract could be established in the context of the assessment of a claim for damages brought against a liable person by a professional party who has acquired the claim of a consumer*”.

<sup>9</sup> Polish Civil Code, para 509: “(1) *A creditor may, without the consent of the debtor, assign a claim to a third party (transfer), save where this could be contrary to the law, a contractual stipulation or a characteristic of the obligation: (2) All rights associated with the claim, in particular any claim to arrears of interest, are transferred together with the claim*”.

<sup>10</sup> Z. S. TANG, “Aviation jurisdiction and protection of passengers”, 2010, available at: [https://www.researchgate.net/publication/255725642\\_Aviation\\_Jurisdiction\\_and\\_Protection\\_of\\_Passengers/references](https://www.researchgate.net/publication/255725642_Aviation_Jurisdiction_and_Protection_of_Passengers/references); A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *CDT*, Vol. 3, nº1, 2011, pp.179-194; A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª ed., 2016, p. 1108 *et seq.*; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 5ªed., Thomson Reuters, 2019, p. 129; CECU, “La protección del consumidor en el transporte aéreo”, *CECU (Confederación estatal de Consumidores y Usuarios)*, 2009, available at: [https://cecu.es/publicaciones/INC09\\_transaereo.pdf](https://cecu.es/publicaciones/INC09_transaereo.pdf); P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas (A propósito de la STJUE de 9 de julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08)”, *CDT*, vol. 3, nº2, 2011, pp. 282-303; E. ALVÁREZ ARMAS & M. DECHAMPS, “Le droit international privé et la protection des passagers : l’articulation des sources européennes et internationales », *REDC*, 2012, pp. 749-777; C. TWIGG-FLESNER, *A Cross-Border Only Regulation for Consumer Transactions in the EU: A Fresh Approach to EU Consumer Law*, Springer Brief, 2012, pp. 1-77.

<sup>11</sup> J. VALANT, “Consumer protection in the EU”, *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, 2015, disponible en: [ei.pitt.edu/96092/1/consumer.1.pdf](http://ei.pitt.edu/96092/1/consumer.1.pdf), esp. p. 6; J. HILL, *Cross Border Consumer Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 126 *et seq.*; X. MARINÉZ DE OLIVEIRA, “El contrato de transporte de personas como contrato de adhesión”, *Direito e Democracia*, Vol. 12, Nº1, 2011, pp. 153-158.

7. Hence, under the EU PIL civil and commercial rules on Jurisdiction and applicable law<sup>12</sup>, these contracts shall be regarded as a “kind” of services provision contracts. As a consequence, -as established for the jurisdiction hierarchy disposed by the Brussels I *bis* Regulation-, general (Article 4) and special jurisdiction fora (Article 7.1 (b)) will apply to solve any claim that can arise out among the passengers and the carriers, in the absence of any choice of court agreement in the contract. Besides, as these contracts are not considered as B2C contracts under these rules, companies have been allowed to include such as choice of court agreements, and choice of law agreements.

## B) Inclusion of “choice of court agreements” as a “common” practice

8. Choice of court agreements in air carriage of passengers’ contracts are frequently included in the Standard terms by the carriers or transporters. *A priori*, as was explained under Section 1.1, this practice is regarded as a correct practice permitted to the air companies<sup>13</sup>. Moreover, as TANG distinguishes<sup>14</sup>, air companies have been including *non-exclusive* choice of court agreements, in line with the solution of other international instruments which also covers passengers ‘contracts and jurisdiction rules, *viz.*, Montreal Convention<sup>15</sup>.

9. It seems that *non-exclusive* agreements are more respectful with the party in an asymmetric position to bargain (i.e.: passengers). These jurisdictional clauses do not impede to litigate in other different Courts from the previously seized by the air companies, unlike the exclusive’s ones. Therefore, air companies, at least the european ones, decided not to include *exclusive* choice of court agreements but *non-exclusive*<sup>16</sup>, (the “friendly” choice of court” clauses for passengers)<sup>17</sup>.

Equally, according to the rules of applicable law, choice of law clauses in these contracts are not considered null under the Rome I Regulation (Article 5). Nevertheless, is still being a debatable issue that these choice of court agreements might be considered as an asymmetrical clause for the weaker party who bears the brunt of the effects of it, when produced a confirmed significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, according to the Article 3 (1) UCTD<sup>18</sup>, and since they are excluded from this EU PIL Consumer protection rules.

<sup>12</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJL* 177, 4 July 2008; Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Law*, 2<sup>ed.</sup>, Bloomsbury, 2015, p. 222 *et seq.*; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Cuestiones de competencia. judicial internacional en el ejercicio del derecho de compensación de los pasajeros en el transporte aéreo en la Unión Europea”, *La Ley Mercantil*, n°49, 2018, pp.1-20.

<sup>13</sup> A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, esp. at p. 256; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Cuestiones de competencia. judicial internacional en el ejercicio del derecho...”, *loc.cit.* at pp. 11-12.

<sup>14</sup> Z. S. TANG, “Aviation jurisdiction and protection of...”, *loc.cit.*, pp. 12-14; a contrario sensu, C.I.CORDERO ALVÁREZ, “Cuestiones de competencia...”, *loc.cit.*, which states the habitual and common practice of the air companies to include choice of court and applicable law agreements unilaterally in these Standard contracts.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *General Terms and Conditions of Ryanair Ireland*, 2.3 Governing law and jurisdiction: 2.2.3: “You are entitled to bring an action against us in your local court, except that Irish Courts shall have exclusive jurisdiction in relation to claims under EU Regulation 261/2004 where you have not complied with Articles 15.2.1 to 15.2.7 of these Terms and in relation to non-consumer (i.e., business to business) claims; 15.2.1. This Article applies to claims for compensation under EU Regulation 261/2004; 15.2.7. Passengers are not prohibited by this clause from consulting legal and other third party advisers before submitting their claim directly to Ryanair”, available at: [https://www.ryanair.com/ie/en/useful-info/help-centre/terms-and-conditions/terms-and-conditionsar\\_197583062](https://www.ryanair.com/ie/en/useful-info/help-centre/terms-and-conditions/terms-and-conditionsar_197583062)

<sup>17</sup> *Ibid*, at 13, *viz.* Montreal Convention, Convention for the unification of certain rules for international carriage by air contracts, *OJL* 194, 18 July 2001.

<sup>18</sup> H. MUIR WATT, “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of the Myth to the requirements of global governance”, Vol. 6, n°3, 2010, available at: [https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl.2010.250/pdf?\\_ll-ca=transfer%3A827afc2a2d679019602f452a70d925c5&\\_llch=9f462e88a6f48c826ce49f1c9eb4ce5a86972dbf1d4c850e-da396182acc96960](https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl.2010.250/pdf?_ll-ca=transfer%3A827afc2a2d679019602f452a70d925c5&_llch=9f462e88a6f48c826ce49f1c9eb4ce5a86972dbf1d4c850e-da396182acc96960) M. KEYES & B.A. MARSHALL, “Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical”, *JPIL*, vol. 11, n°3, 2015, pp. 345-378; A. MILLS, “Choice of Court Agreements: Effects and Effectiveness”, in *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, pp. 91-174.

10. As the law does not prohibit air companies to include it (regardless its *non-exclusive* or *exclusive* nature), the scope of these choice of court agreements must be assessed in accordance with the requirements of the Article 25 Brussels I *bis* Regulation, being the forum invoked by the appellant *Ryanair* to contest the jurisdiction of the Polish Court.

## 2. Scope of the Choice of Court Agreements

### A) An “european concept” of the Brussels I *bis* Regulation linked with the party autonomy

11. To commence, the CJEU recalled that the concept of “choice of court agreement” is an european concept, aka autonomous concept<sup>19</sup>. As an european concept must be interpreted by the National Courts of the Member States such as provided by the Regulation. Likewise, these european concepts must be interpreted with respect to former CJEU case law on these european concepts in the event, Member States courts have any concern on them. For the merits of *Delayfix* case, what is relevant of this, is the specific connection with the “party autonomy” (which enshrined the “principle of freedom of choice”) and the concept of choice of court agreement<sup>20</sup>. The forum was intended to protect the party autonomy between contracting parties with the same leverage and bargaining power, usually in the so called, *Business to Business contracts (B2B)*<sup>21</sup>.

12. It was earlier mentioned that some EU PIL Scholars have criticized this judgment<sup>22</sup>. Precisely, these Scholars identify this reasoning of the CJEU on the protection of party autonomy aim and consent of the parties, as one of the most contested, inasmuch the CJEU had, up to a certain degree, disregarded it. At least, between the agency (assignee) and the air company, which in theory are at the same level of leverage as professionals (companies). However, -as the CJEU considers-, this mutual consent (source of the party autonomy) in this contract between the passenger and the assignee, and between the assignee and the air company subsequently the assignment, was not agreed or subject to an individual negotiation. Being this aspect of relevance for the analysis of the formal and substantive validity (Section II).

### B) Third parties at stake

13. Article 25 does not overtly state anything on the effects of a choice of court agreement for third parties who entered the contract as an assignee of the original creditor, by means of an assignment or other legal business<sup>23</sup>. In theory, the choice of court agreement only produces effects between the original parties in the contract. As a matter of fact, in para 42 of *Delayfix*, the CJEU argued these effects: “it follows that, in principle, a jurisdiction clause incorporated in a contract may produce

<sup>19</sup> See, G. V. CALSTER, *European Private International Law*, 2nd. ed., Hart, 2016, at 114 *et seq.*; V. CUARTERO RUBIO, “Cuando el consumidor-pasajero” es una empresa de gestión de cobros y la cláusula atributiva de ...”, *loc.cit.*, This european concept of “choice of court agreement” is respectful of the party autonomy of the parties as part of the bases of the pillars of Contract law doctrine; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Article 25. Prorogation of Jurisdiction”, In E. LEIN & A. DICKINSON (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, at 280-298, at 286.

<sup>20</sup> This case law, as well known, is binding for the National Courts of the Member States. In the absence of further explanation of the european concepts provided by the EU Law. Relevant CJEU case law to this concept of choice of court agreement as european under Brussels I *bis* Regulation since Brussels Convention 1969 as follows: C-214/89, *Powell Duffryn*, 10 March 1992 (ECLI:EU: 1992:115), C-116/02, *Gasser*, 9 December 2003 (ECLI:EU:C:2003:657), C-543/10, *Refcomp*, 7 February 2010 (ECLI:EU:C:2013/62).

<sup>21</sup> C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Cuestiones de competencia...”, *loc.cit.*

<sup>22</sup> See *supra* Section I.

<sup>23</sup> *Ibid*; A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, esp. at pp. 268-270; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la competencia”, In P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO *ET AL.*, (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi, 2016, pp. 545-580.

*effects only in the relations between the parties who have given their agreement to the conclusion of this contract”.*

However, it is not the first time that the CJEU deals with the interpretation of the Article 25 Brussels I *bis* Regulation, on the effects of a choice of court agreement for third parties. It is usual, in the international business arena, to assign the contract to third parties (*mobilidad de contrato*, “mobility of the contract”), namely in assignments<sup>24</sup>. This “mobility” affects mainly to the parties rather than to the content of the contract, thus, the consent of third parties matters to determine the formal validity. In doing so, to know if the parties really agreed to submit the controversies to a seized court chosen by mutual agreement. An assessment that has to be carried out by the National court in the main proceedings always (Section 3).

In such a context, seminal CJEU case law related to the effects on third parties’ assignees in contracts was quoted in *Delayfix, i.e.: Refcomp* (C-543/10) and *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13). In this case law, the CJEU already clarified the issue of the effects to third parties of a choice of court agreement, even when these third parties did not agree to the choice of court agreement in an individual negotiation with the counterparty of the creditor (original party)<sup>25</sup>.

**14.** In those cases, as the CJEU and the EU PIL Scholars have already understood, the key issue relies in knowing if third parties were rightly assigned in the whole contract (*i.e.*: when subrogating in all the rights and obligations of the original contracting party in this contract). As the performance of the assignment is a different issue from the analysis of the validity of the choice of court agreements, it needs to be assessed under other requirements. Usually, in conformity with the law of the country under the assignment was performed (*lex causae*)<sup>26</sup>. Besides, it is important that National Courts analyze the validity of the assignment too, so as to estimate the third-party effects on specific claims. Only if the assignment was duly performed and the successor enters in the contract assuming all their rights and obligations, it might be argued that this choice of court agreement is valid, binding and enforceable to the successors or assignees<sup>27</sup>.

**15.** Nevertheless, -unlike *Delayfix* case-, in all these cases, original parties (professionals) assigned to other professionals in B2B contracts the whole contract or part of it. That is a significant difference to make. The CJEU held that neither *Delayfix* nor *Ryanair* submitted the choice of court agreement to an individual negotiation after the performance of the assignment. Consequently, the choice of court agreement could not be enforceable to any of the parties in this contract (creditor, debtor, and assignee)<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, esp. at 268. Nonetheless, the CJEU case law differentiates among kinds of contracts and situations; J. STEINLE & E. VASILIADES, “The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy”, *JPIL*, vol. 6, n°3, 2010, pp. 569-573; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la...”, *loc.cit.*, In P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO *ET AL.*, (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento...* *op.cit.*, pp.576-578.

<sup>25</sup> *V.gr.*, Case C-543/10, *Refcomp*, of 7 February 2013 (ECLI:EU:C:2013:62) para 29 and, Case C-436/16, *Leventis and Vafeias*, of 28 June 2017 (ECLI:C:EU:2017:497), para 35 and case law cited; M. LEHMANN, “CJEU Significantly Weakens Jurisdictions Clauses in Case of Assignment”, *EAPIL*, 30 November 2020, available at: <https://eapil.org/2020/11/30/cjeu-significantly-weakens-jurisdiction-clauses-in-case-of-assignment/>

<sup>26</sup> Begin a very controversial issue (apart from different of the analysis in *Delayfix* by the CJEU) due to the substantive differences between the law of the Member States, and taking into account Article 14 of the Rome I Regulation does not encompass all the aspects concerning the third party effects of assignments. Furthermore, if this assignment between and agency and a consumer can be considered as a B2C assignment, then, Roma I Regulation won’t be of application to determine the applicable law; C-548/18, *Paribas v. Teambank*, of 9 October 2019 (ECLI:EU:C:2019:848); T.C. HARTLEY, “Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under the Roma I Regulation”, *ICLQ*, vol. 60, 2011, pp. 29-56.

<sup>27</sup> *Ibid.*, vol. I., p. 258; M. LEHMANN, “CJEU Significantly Weakens Jurisdictions Clauses in Case of Assignment”, *EAPIL*, 30 November 2020, available at: <https://eapil.org/2020/11/30/cjeu-significantly-weakens-jurisdiction-clauses-in-case-of-assignment/>; O. SCHIMDT, “Section 7: Prorogation of jurisdiction”. In U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (EDS.), *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, vol. 1, Verlag, 2016, pp. 583-681.

<sup>28</sup> *Delayfix*, C-519/19, para 44: “however, while neither *Passenger Rights* nor *Delayfix*, successor to *Passenger Rights*, consented to be bound to *Ryanair* by a jurisdiction clause, neither has that airline consented to be bound to that collection agency by such a clause.”

In doing so, the CJEU is recognizing that the formal validity of this choice of court agreement is not valid, because none of the parties (passenger and agency) have granted their consent (*infra* section 3.1.).

### 3. Validity assessment of the Choice of Courts Agreements under Article 25 Brussels I *bis* Regulation

16. The validity of a choice of a court agreement according to the reading of the Article 25 Brussels I *bis* Regulation has two dimensions: formal and substantive validity. As a different clause with independence from the other clauses of the contract, -a contract 'within' the contract-, requires to be assessed separately (*severability principle*)<sup>29</sup>. Indeed, this aspect is of interest to comprehend why the EU lawmaker established certain mandatory requirements to assess the validity of these clauses from these two dimensions.

#### A) Formal validity: the “consent” of the parties

17. CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ expound that procedural or formal validity must be assessed in conformity with the following requirements<sup>30</sup>: there must be a “real” choice of court agreement between the parties, in which these parties have agreed in attributing the jurisdiction to certain Courts of a Member State. Apart from that, the controversy must be transnational, to trigger the Brussels I *bis* Regulation jurisdiction rules<sup>31</sup>. On the other hand, VAN CASTLER considers as JENARD REPORT clearly expressed<sup>32</sup>, “consent” is the basis to proof the formal validity of these clauses ensuring that parties have truly agreed in an individual negotiation of this clause<sup>33</sup>.

18. The “consent” of a carriage of passengers’ contracts is accepted by the passengers once they click on the terms and conditions, when online contracts, as was the present case and most of them<sup>34</sup>. *Online* consent does not invalidate the choice of court itself, what invalidates the consent is the lack of individual negotiation among the parties. In this regard, the CJEU establishes that, is up to the National court in the main proceedings, -*in limine litis*-, to analyze whether this consent/consensus was subject of an individual negotiation, to ultimately resolve if the choice of court agreement complies with the formal validity requirement of the “consent” (“mutual agreement” according to Article 25 Brussels I *bis* Regulation wording)<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> It can be noted that the CJEU, in this preliminary ruling, is implicitly recognizing this independence of the choice of agreement in the contract, considering that neither *Delayfix* nor *Ryanair* submitted it to an individual negotiation when the assignment was performed between the creditor and the assignee; A.-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, esp. at pp. 268-270; M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study*, Bloomsbury, 2017, pp. 38-41.

<sup>30</sup> A.-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 1, ed. 16<sup>a</sup>, 2016, at p. 246.

<sup>31</sup> *Delayfix*, C-519/19, *in fine*.

<sup>32</sup> G. V. CALSTER, *European Private International...*, *op.cit.*, at 120; Report by Mr P Jenard on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and recognition and enforcement, *OJ*, C 59, 5 March 1979, Vol. 22 at C 59/37: “Since there must be a true agreement between the parties to confer jurisdiction, the court cannot necessarily deduce from a document in writing adduced by the party seeking to rely on it that there was an oral agreement”.

<sup>33</sup> *Delayfix*, C-519/19 para 41: “(...) the court (...) has the duty of examining, *in limine litis*, whether the jurisdiction clause is in fact the subject of consensus between the parties, which must be clearly and precisely demonstrated”; Case C-64/17, *Saey Home & Garden* (EU:C:2018:173) para 25 and related case law.

<sup>34</sup> C-519/19, *Delayfix*, par 39, quoting C-322/14, *El Majdoub*, 21 May 2015 (ECLI:EU:C:2015:334). The european concept includes online consent too.

<sup>35</sup> See C-352/13, 21 May 2013, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs Azko Nobel NV* (ECLI:EU:C:2015:335); Z. S. TANG, “Aviation jurisdiction and protection of...”, *loc.cit.* pp. 14-15, for TANG, is not very clear passengers can argue they did not negotiate these clauses. According to her analysis, these clauses are not included for hindering the consumers to exercise their rights to access to justice, but to protect trader from commercial risk of being sued under unexpected circumstances and fora; G. V. CALSTER, “*Ryanair v. DelayFix*. The CJEU dots some is on choice of court and unfair

19. From this analysis, on the one hand, the issue to be examined for the court is whether the passengers are truly aware of the choice of court agreement and of the choice of law clauses in the contracts when they click on the term and conditions. It has been argued that is a common and allowed practice on behalf of the air companies to include it in their contracts with passengers. It has been also argued that usually these clauses are non-exclusive, and can be considered as asymmetrical under the *lex fori prorrogatio*. On the other hand, one may ask if the Article 25 Brussels I *bis* Regulation is properly embracing the manifold problems of these clauses which entail private international law issues but are invalidated under the EU substantive law due to its unfair nature for the weaker parties.

### B) Substantive validity: *lex fori prorrogatio*?

20. Substantive validity of these choice of courts agreements needs to be evaluated by National courts, according to the law of the national court-s seized by the parties. This requirement is set forth under Article 25 as a kind of *renvoi* to the *lex fori prorrogatio*, which also entails the application of the conflict of law rules of the *lex fori prorrogatio* (Recital 20)<sup>36</sup>. This has been, essentially, the moot point of this preliminary ruling. The CJEU seems to not estimate the *lex fori prorrogatio* (nor the *renvoi*), to the assessment of the substantive validity of the choice of court agreement, but this concern is related to the justification of the application of the UCTD, being the substantive law, as part of the *lex fori prorrogatio*.

21. As was cited, there are some domestic precedents of some National courts which have rendered the unfair nature, and nullity of these choice of courts agreements in carriage of passengers' contracts. All of them have been as well as CJEU *Delayfix* criticized on the same basis. All of them have seemingly infringed the *lex fori prorrogatio*. A misapplication of one of the mandatory requirements of the Article 25 Brussels I *bis* Regulation for the validity assessment. As VAN CASTLER pointed in his comment on *Happy Flights*<sup>37</sup>.

22. In the Spanish case, the Spanish Commercial Court of Madrid (2013) assessed the validity of the choice of court agreement under the Spanish transposition of the UCTD, but not according to the UCTD Irish transposition<sup>38</sup>. However, this resolution was appealed by *Ryanair* before the Provincial Court of Madrid, which amended this contentious Commercial Court of Madrid resolution in some of its merits. This Provincial Court of Madrid handled down that the choice of court agreement included by *Ryanair* in the Standard terms and conditions was null and void, but under the Montreal Convention

---

term in unfair consumer contracts: defers to national law on the assignment issue; and keeps schtum on renvoi...”, *loc.cit.*; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Article 25. Prorogation ...”, *loc.cit.*, In E. LEIN & A. DICKINSON (EDS.), *The Brussels I...*, *op.cit.*, p. 294.

<sup>36</sup> Recital 20 Brussels I *bis* Regulation: “Where a question arises as to whether a choice of court agreement in favor 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 law rules of that Member State”; A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, p.258; A solution considered as controversial too, in the absence of harmonization of the conflict of law rules on the validity of choice of court agreements, as FRANZINA has already analyzed. P. FRANZINA, “Chapter 4. The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation”, in P. MANSKOWSKY, *Research Handbook in European law series*, Elgardonline, 2020, pp. 95-117; On the riddle of the law applicable to choice of court agreements, K. M. CLERMONT, “Governing Law on Forum Selection Agreements”, *Cornell Law Faculty Publications*, available on line at: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2544&context=facpub>; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la...”, *loc.cit.*, In P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO *ET AL.*, (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento...op.cit.*, pp.560-563; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Article 25. Prorogation of Jurisdiction”. In E. LEIN & A. DICKINSON (EDS.), *The Brussels I ...*, *op.cit.*, 2015, at 300.

<sup>37</sup> G. V. CALSTER “*Happy Flights v. Ryanair*. Belgian Supreme Court (only) confirms proper *lex causae* of choice of court under Article 25 Brussels Ia”, *GAVC LA-GEERT VAN CALSTER Blog*, 11 March 2019, available at: <https://gavclaw.com/2019/03/11/happy-flights-v-ryanair-belgian-supreme-court-only-confirms-proper-lex-causae-for-validity-of-choice-of-court-under-article-25-brussels-ia/>; *id.*, *European Private International...*, *op.cit.*, at Heading 2.2.9, and 2.2.9.4.

<sup>38</sup> See *infra* Section III.

due to its mandatory application within the instruments of jurisdiction rules in passengers' contracts (not under Article 25 Brussels I *bis* Regulation). Likewise, declared the clause at a substantive level as unfair as did not comply with the requirements of transparency given by the Article 5 UCTD but applying the Irish transposition of the UCTD, *a contrario sensu* than the Commercial Court of Madrid<sup>39</sup>. Having regard of the *lex fori prorrogatio*.

**23.** With regard to the Belgium case, the Belgian Supreme Court also assessed the validity of its choice of court agreement and its effects to the agency *Happy Flights* as an assignee of a Belgian passenger, after the Brussels Commercial Court resolution. Brussels Commercial court infringed the Article 25 Brussels I *bis* requirement of the *lex fori prorrogatio* application when determined the substantial validity of the clause applying the Belgian UCTD transposition as the Spanish Commercial Court did in the Spanish case<sup>40</sup>. After this ruling the Belgian Supreme court tried to amend it. Rather, they rectified the absence of analysis in the consideration of the agency as a consumer, and not on the wrong application of the *lex fori prorrogatio* to the substantive validity of the case. Belgian Supreme Court, at the end, still applied the *lex fori* as the Brussels Commercial court (i.e.: Belgian law)<sup>41</sup>. Without having regard of the *lex fori prorrogatio*.

**24. “The Hive”.-** As a conclusion, some of these previous judgments to *Delayfix*, did not properly applied the *lex fori prorrogatio*, and it calls the attention that having been ruled by Courts of different Member States, they applied the *lex fori* instead of the *lex fori prorrogatio*. In *Delayfix*, even if the CJEU seems to be brief, explains why the UCTD is directly applied to assess at the substantive level the unfair nature of the clause.<sup>42</sup> This is an implicit recognition of the *lex fori prorrogatio* on behalf of the CJEU, though not explained in detail<sup>43</sup> The logic of it is that UCTD was transposed to all the Member States being the substantive law to assess the unfair nature (and validity) of certain clauses in B2C contracts, as carriage of passengers' contracts are considered under this law.

### III. EU Consumer protection law and its Interplay with the Brussels I *bis* Regulation

#### 1. Passengers as consumers-weaker parties and the UCTD implementation for carriage of passenger's contracts

**25.** With all the above in mind, it can be assumed from the wording of this preliminary ruling that the case is also important for the case-law development on the scope of the UCTD and its interplay with EU PIL rules on consumer protection. In this case, the interplay with the Brussels I *bis* Regulation. Previously, the CJEU analysed the interplay between the Rome I Regulation on the

<sup>39</sup> SAP Madrid, nº 392/2017, 26 July 2017 (ECLI: ES:APM:2017:10881), FD I, p. 21.9: “Adicionalmente, como ya se anticipó, dicha apreciación ha de comportar que la abusividad de las demás cláusulas deba evaluarse a la luz del derecho irlandés, conforme a las pautas por el TJ al interpretar las disposiciones de la Directiva 93/13, apreciadas en función de las circunstancias del caso (*vid. apartado 16 supra*)”.

<sup>40</sup> G. V. CALSTER, “*Happy Flights v. Ryanair. Belgian Supreme Court* (only) confirms proper *lex causae* of choice of court under Article 25 Brussels Ia”, *GAVC LA-GEERT VAN CALSTER Blog*, 11 March 2019, available at: <https://gavclaw.com/2019/03/11/happy-flights-v-ryanair-belgian-supreme-court-only-confirms-proper-lex-causae-for-validity-of-choice-of-court-under-article-25-brussels-ia/>

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Delayfix*, C-519/19, para 51: “Furthermore, it is for the court seized of a dispute, such as that in the main proceedings, to apply the legislation of the Member State whose courts are designated in that clause, interpreting that legislation in accordance with EU law, in particular Directive 93/13 (see, to that effect) judgments of 21 April 2016, *Radlinger and Radlingerová*, C-377/14, EU:C:2016:283, paragraph 79, and of 17 May 2018, *Karel de Grote-Hogeschool Katholieke Hogeschool Atwerpen*, C-147/16, EU:C:2018:320, paragraph 41).

<sup>43</sup> See, G. V. CALSTER “*WecoProjects: on Yachts Lost at sea, anchor jurisdiction (that’s right), lis alibi pendens, carriage, “transport” and choice of court*”, 27 August 2020, a commentary of the author on *Weco Projects APS v. Piana & Ors* [2002] EWHC 2150 (Comm).

law applicable to contractual obligations and the UCTD, but for well recognized B2C contracts under these EU PIL rules<sup>44</sup>.

**26.** The UCTD is a *minimum harmonization* Directive which covers all kind of B2C contracts concluded between a seller or supplier and a consumer (article 1 para 1 UCTD). Its scope is quite broad encompassing carriage of passengers' contracts too. Moreover, the CJEU evoked the role of other rules related to the protection of passengers and the UCTD to endorse its application to these contracts. In para 52, “ (...) is important to point out that, as regards the relationship between Directive 93/13 and the rights of air passengers such as those stemming from Regulation No 261/2004, the Court has held that Directive 93/13 is a general regulation for consumer protection in all sectors of economic activity, including the air transport sector”<sup>45</sup>.

**27.** In accordance with the findings of the CJEU in previous seminal case law and to the “Guidance on the interpretation and application of the UCTD”<sup>46</sup>, the UCTD scope depends on the *capacity* of the parties, not on the *identity* of them, *i.e.*, the capacity related to the consent to bargain all the clauses of a contract with the professional<sup>47</sup>. Whether the parties had the opportunity to negotiate terms and conditions among them<sup>48</sup>.

In declaring so, the CJEU confirms the underpinning between the UCTD and the EU PIL rules even for contracts excluded on the consumer protection jurisdiction rules. Once the court in the main proceedings assesses the unfairness of a clause in a B2C contract as laid down in Articles 3 and 4 considering the nature of the services (Article 6 UCTD)<sup>49</sup>.

**28.** To sum up: From a substantive level, these clauses produce a significant imbalance of the rights of passengers without leverage and bargaining power to negotiate with the professionals (*i.e.*: there is no party autonomy for all the parties)<sup>50</sup>. From a litigation or procedural approach-strategy, these clauses deter passengers to bring cross border actions against professionals before their courts in case of controversy, hindering the exercise of their consumer's rights bestowed to them by the EU legislator<sup>51</sup>. Parties can still litigate seeking for redress as former CJEU case law on cross border passengers claims under Article 7.1 (b) Brussels I *bis* Regulation, being both the place of departure and of arrival proper for a to bring the actions (pursuing Regulation 261/2004)<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> *V.gr.*, Case C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, 28 July 2016 (ECLI:EU:C:2016:612).

<sup>45</sup> Case C-290/16, *Air Berlin*, 6 July 2017, ECLI:EU:C:2017:523.

<sup>46</sup> European Commission, “Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts”, C (2019) 5313 final, 22 July 2019, at 7 *et seq.*

<sup>47</sup> On the controversial concept of consumer under EU Consumer rules, *inter alia*, J. LAZIKOVA & L. RUMANOVSKA, “The Notion of Consumer in the EU Law”, *Agrárne právo EU*, n°2, 2016, pp.1-12; S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de “consumidor”, en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *CDT*, Vol., 3 , n°, 1, 2011, pp. 84-117.

<sup>48</sup> M. LEHMANN, “CJEU Significantly Weakens...”, *loc.cit.*; G. V. CALSTER, “*Ryanair v. DelayFix*. The CJEU dots some is on choice of court and unfair term in unfair consumer contracts...”, *loc.cit.*

<sup>49</sup> Nevertheless, TANG diverges widely from this point. The author considers that for a passenger as the weaker party is very hard to prove there was no consent and the unfair nature of these clauses when allowed to be included by the air companies, “Aviation Jurisdiction...”, *loc.cit.* pp. 13-15: “(...) However, it is hard to argue that an exclusive jurisdiction is certainly contrary to the requirement of good faith, or causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations. (...) It is arguable that an exclusive jurisdiction clause choosing a foreign court has the actual effect to hinder consumers' access to justice, as many consumers would simply give up legal redress for the burden of foreign action” (unlike arbitration clauses which are expressly listed as an example of unfair terms under the Annex I of the UCTD).

<sup>50</sup> European Commission, “Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts”, C (2019) 5313 final, 22 July 2019, at 15-16; *Delayfix* C-519/19, para 59 and 60; C-240/98, *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*, 27 June 2000 (ECLI:EU:C:2000:346); C-243/08, *Pannon GSM*, 4 June 2009 (ECLI:EU:C:2009:350), and, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, 9 November 2010 (ECLI:EU:C:2010:659).

<sup>51</sup> *Delayfix* C-519/19, para 59.

<sup>52</sup> Cases C-274/16; C-447/16; C-448/16, *Flightright et al.*, 7 March 2018, (ECLI:EU:C:2018:160); Case C-215/18, *Primeira Air Scandinavia*, 26 March 2020 (ECLI:EU:C:2020:235), *inter alia*.

## 2. Other considerations on the substantive law to the assignment of credits

29. Is the position of the assignee at the same level than consumers under EU Consumer substantive law? If yes, why? Should assignees then be considered as if they were consumers in these B2C assignments? Is the CJEU distinguishing between a B2B assignment from a B2C assignment? These are questions which may arise in the analysis of the EU substantive law of the preliminary ruling (even for other similar cases). The answer to the last question is affirmative on the next grounds. It is implied to the wording of *Delayfix* case that the collection agency is not acting as a professional itself, despite being a company (*capacity* not “identity”), as was above mentioned under Section III.1. Therefore, the assignee is subrogating in all the rights and obligations of a consumer according to their capacity allowed by the law to represent consumers interests, but not as professionals seeking for redress against other professional of its own interests.

30. Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers was also transposed to the law of all the Member States<sup>53</sup>. *Mutatis mutandis* than the UCTD, it considers a consumer or a professional on the basis of *capacity* and not of identity. It is true that the CJEU only mentions former case law on Directive 2008/48/EC to emphasize the idea that “capacity” is the key issue to know if a person (regardless a legal or physical person) must be regarded as a consumer or professional to trigger the EU Consumer protection rules<sup>54</sup>. There is no further explanation on what is the law that should be applied to the assignment and why. Being, -as was mentioned in the Introduction-, a different assessment from the choice of court agreement validity assessment. Nonetheless, the CJEU has been quite clear. The agencies in its role-capacity of representative of the consumers interests, they cannot be regarded as professionals<sup>55</sup>.

31. The logic of the above, indeed, should not be overlooked. These kinds of agencies help the passengers to claim for their compensation with less costs and expenses since these claims basically are very costly for the weaker parties<sup>56</sup>. This capacity has been bestowed by the EU consumer law to them with a particular aim. And lately it has been reinforced with the new Directive on collective redress (RAD), which main goal is facilitating the access to justice for the consumers through legitimate representatives<sup>57</sup>.

## IV. Final remarks

32. **First. On the incidence of the preliminary ruling for the choice of court agreements scope and effects to third parties.** - *Delayfix*, with all its warts, being “blurry” in some points, may be considered as a relevant precedent for prospective cases on the same merits. From our view, is a “little” step further, an achievement for the protection of passengers in cross border litigation and, for the agencies which represent their interests. The CJEU paves the way to estimate, -despite of their exclusion as B2C contracts under Brussels I *bis* regulation-, these choice of court agreements as asymmetrical clauses, such as are considered under EU substantive law. Even if the solution does not seem consistent with the wording of the Article 25 Brussels I *bis* Regulation.

33. For sure, the goal of the article 25 Brussels I *bis* Regulation is to protect the party autonomy in choice of court agreements. Nonetheless, when these choice of court agreements have been submitted

<sup>53</sup> Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133.

<sup>54</sup> Case C-383/18, *Lexitor*; 11 September 2019 (ECLI:EU:C:2019:702).

<sup>55</sup> Case C-167/00, *Henkel*, 1 October 2002 (ECLI:EU:C:2002:555); A. PATO, *Jurisdiction and Cross border Collective Redress: A European Private International Law Perspective*, Hart, 2019, pp. 152 *et seq.*

<sup>56</sup> V. CUARTERO RUBIO, “Cuando el consumidor-pasajero...”, *loc.cit.*, p. 6.

<sup>57</sup> *Ibid*; Directive (EU) 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 1009/22/EC, of 4 December 2020, OJ 409/1.

to individual negotiations. Something to be assessed by the National courts of the Member States. Otherwise, same parties will be the ones who are infringing the spirit of the formal validity. What is true is that passengers, as the CJEU implicitly is recognizing, do not have the same bargain and leverage power that air companies. Neither the assignee in these types of contracts, making this differentiation.

34. As a consequence, under Article 25 Brussels I *bis* Regulation requirements, a choice of court agreement in a passenger' contract is not enforceable to passengers nor to their assignees when after a validity assessment is done and the Court finds the lack of formal and substantive requirements in contracts of this nature. Hence, parties can still litigate under general and special jurisdiction fora as the standard solution for the carriage of passengers' contracts.

35. Albeit, the CJEU has not be very "thoughtful" with the *lex fori prorrogati* as part of the substantive validity assessment and the renvoi desired by the EU legislator. Something paramount to the whole assessment on the validity of these choice of court agreements. It would have been good if the CJEU would have been more exhaustive, shedding light on it, as the *vexata quaestio* of this claim. Having regard of a respectful solution with the current wording of the Article 25 and Recital 20 of Brussels I *bis* Regulation.

**36. Second.- On the Interplay between the EU Consumer Substantive law and the EU PIL rules.-** Is this reasoning of the CJEU trying to be respectful with all the protection that the EU legislator seeks for consumers in the internal market? We dare say, yes. The ultimate goal of the EU Consumer acquis as a whole is to protect the interest of the consumers as the weaker parties as well as to their representatives, increasingly in the latest EU Fitness check on consumer protection.

37. Scope and objectives of the UCTD are wide and according to the CJEU remarks its implementation depends on the "capacity" of the parties rather than the "identity" to determine whether they will be deemed as "consumers" or as "professionals" (consumer, seller or supplier are also European concepts). Still, not only the UCTD, but the Directive 2008/48 of application in B2C assignments (and all the EU Directives on Consumer protection), considers a consumer or a professional according to their *capacity* in the contract. Therefore, third parties which represent the interests of passengers-consumers, as the CJEU is confirming once again, as since *Henkel* case (C-167/00), that consumer protection agencies are not acting as professionals, and cannot be considered as professionals. Let alone, if they have not submitted the clauses of the contract to individual negotiations with the other professionals after the assignment is done.

From the reasoning, one may appreciate that the CJEU is making a distinction between the effects of a choice of court agreements as independent clauses of the whole contract, according to the kind of assignment performed. That is, whether a B2B or a B2C assignment has been performed, National courts must consider the capacity of the parties to negotiate to know if they act as consumers or professionals. Under EU substantive law as part of the Member States law considering the high degree of EU harmonization on Consumer protection. In connection with that, is true that the CJEU has left "on tenterhooks" a comprehensive argument on it, but the Polish court did not ask for it, *en passant*. What the Polish court basically asked to the CJEU was if the substantive validity of the choice of court agreement could rely on the EU substantive law. And the answer of the CJEU was affirmative.

38. As in other cases, we can conclude that the CJEU has shown once again the relevance of minding the interplay with other regulation of EU PIL (i.e.: Rome I Regulation) and the UCTD, to pursue the coherence required of all the EU Secondary law, respecting the *principle of effectiveness*.

**39. Last but not least.-** All in all, *Delayfix* is an attempt of weaving *de facto* bridges of connection between the EU PIL rules and the EU substantive law of consumer protection where the passengers are clearly recognized as consumers.

**40.** An attempt to *de facto* amend the absence of clarification on different choice of court agreements under Brussels I *bis* Regulation and even on different kind of assignments depending on the contracts between the parties. Accordingly, the problem is still relying on this absence of a proper regulation of asymmetrical clauses or a recognition of its existence under the provisions of this Regulation. Especially, because the legislator is aware of certain B2C and / or B2B contracts, in which the parties do not have the same bargaining power nor leverage. Furthermore, where the party autonomy requirement disguised as a true consent is not clear at all. “Click” here and accept the jurisdiction is a “take it or leave it”, far away from a real negotiation which respects the party autonomy, and which represents a true and informed consent. It can be debatable, but the CJEU is shielding, precisely, the party autonomy once it was analysed there was any informed consent given.

**41.** Perhaps, one legislative solution for the prospective amendment of the Brussels I *ter* Regulation, will be adding the differences of these choice of court agreements in the wording of the Article 25 Brussels I *bis* Regulation or by means of a Recital as have been already proposed by some Scholars. To enhance and avoid the legal uncertainty originated with the current wording in most of the cases. For carriage of passengers’ contracts, if this solution was finally accepted, passengers under the EU PIL rules on civil and commercial matters will be still understood as “no consumers” (if no changes on Article 17 Brussels I *bis* Regulation “ahoy”). Although, they could find a better redress when choice of court agreements having been inserted by the carriers in the cross-border carriage of passengers contract.

ALCANCE DE CLÁUSULAS DE SUMISIÓN MIXTAS PARA  
LOS EFECTOS DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL  
EN REDES Y CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA:  
COMENTARIO DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE ZARAGOZA N° 728/2020, SECCIÓN 5ª  
“SÉ LO QUE HICISTEIS EL ÚLTIMO ACUERDO”

SCOPE OF HYBRID CHOICE OF COURTS AGREEMENTS  
AND CROSS BORDER UNFAIR COMPETITION ACTS WITHIN  
EXCLUSIVE DISTRIBUTION AGREEMENTS AND NETWORKS:  
COMMENTS ON THE ZARAGOZA PROVINCIAL COURT  
RULING (DIVISION 5TH) N°728/2020  
“I KNOW YOU DID LAST AGREEMENT”

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN

*Lecturer in Law-Research Fellow*

*Genova Business School-Universitat Oberta de Catalunya*

Recibido: 14.06.2021 / Aceptado: 14.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6305>

**Resumen:** El asunto que se comenta en este análisis suscita interés para los litigios de competencia desleal y los contratos de distribución con pacto de exclusiva y elemento extranjero. En este procedimiento del Auto y otros anteriores que hubo entre las partes, se dilucidaba si una cláusula de sumisión expresa mixta que estaba inserta en el contrato de distribución, tenía alcance sobre los presuntos actos de competencia desleal cometidos por una de las partes de este contrato, que había sido resuelto en un primer procedimiento, ante los mismos tribunales. La Audiencia Provincial de Zaragoza entendió en el segundo procedimiento que en el alcance de la cláusula de sumisión expresa mixta no se podían ver entendidos los actos de competencia desleal demandados. Primero, porque considera que la redacción de la cláusula no tenía tanto alcance, y porque los actos de competencia desleal no tienen cabida en el ámbito material de la Convención de la Haya de 2005. Segundo, porque los efectos de estos actos desleales se habían producido o desplegado en el mercado norteamericano. Entendiendo que como la cláusula de sumisión expresa no era válida para otorgarles competencia judicial internacional en este caso, se debía aplicar el foro de competencia territorial del artículo 52.1.12ª de la LEC, para actos de competencia desleal, que tampoco les otorgaba competencia para conocerlos.

**Palabras clave:** sumisión expresa, cláusulas mixtas, competencia desleal, B2B, contratos de distribución, pactos de exclusiva, responsabilidad contractual, extracontractual, alcance de las cláusulas, Convención de la Haya de 2005, LOPJ, LEC, competencia territorial, Bruselas I bis.

**Abstract:** The case law of this analysis is of special relevance for the cross-border claims of unfair competition and exclusive distribution contracts. The interest relies on certain claims wherein the Courts must assess the scope of a choice of court agreement previously settled in the contract between the parties, i.e.: whether this choice of court agreement will encompass also unfair competition acts among the

professionals. This ruling of Zaragoza Provincial Court rendered that according to the material scope of the Hague Convention on choice of court agreements of 2005, unfair competition is excluded and therefore, the alleged acts of unfair competition by which the claimant filed the lawsuit before the Spanish courts could not be considered included in the scope of the choice of court agreement of this exclusive distribution contract. Besides, the Court uphold that in this case the effects of the act of unfair competition affected the American market but not the Spanish market when applying the forum for tort liability and the territorial jurisdiction rule of the Spanish Civil Procedure Act.

**Keywords:** choice of court agreements, hybrid clauses, unfair competition, *B2B*, distribution contracts, exclusive agreements, contractual liability, tort, Hague Convention of 2005, LOPJ, Brussels I *bis* Reg, LEC

**Sumario:** I. Los litigios de competencia desleal transfronteriza y sus particularidades; II. Cuestiones de competencia judicial internacional; 1. El supuesto de hecho y el Auto de la AP de Zaragoza: dos procedimientos y una cláusula de sumisión mixta o gris; 2. De la Haya a Bruselas haciendo escala en Zaragoza: el instrumento jurídico adecuado para determinar la validez de la cláusula de sumisión expresa en el caso de Autos; 3. El ámbito material y espacial de la Convención de la Haya de acuerdos de elección de foro; 4. Particularidades de los contratos de distribución con pacto de exclusiva: ¿cláusula de no competencia *ex post* contrato?; III. Aspectos de la competencia territorial en materia de competencia desleal transfronteriza en el Derecho procesal español: 1. Alternativa en el supuesto de hecho para valorar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles; 2. Disonancias cognitivas: la solución de la norma de competencia territorial en materia de competencia desleal y la solución de la norma de competencia judicial internacional; IV. Conclusiones.

## I. Los litigios de competencia desleal transfronteriza y sus particularidades

1. Pocas veces se dilucidan litigios transfronterizos relativos a la disciplina de la competencia desleal que envuelvan a su vez, la interpretación del alcance de las cláusulas de sumisión expresa a los actos/prácticas de competencia desleal nacidos de una relación comercial previa que las partes tenían mediante contrato. Aunque no sea habitual y los actos de competencia desleal desde las normas del Derecho internacional privado se califican de forma clásica como responsabilidad de tipo extracontractual (*tort-economic tort*), siendo contravenciones a los deberes de conducta en los mercados, nada impide que puedan tener consideración de obligación nacida de un deber contractual accesorio al contrato u obligación contractual, más que de un “contrato” *per se*<sup>1</sup>. Deberes de tipo contractual que las mismas normas del Derecho sustantivo de la competencia desleal reconoce para algunos ilícitos concurrenciales de tipo desleal<sup>2</sup>.

2. También es cierto que los actos de competencia desleal nunca han sido excluidos del alcance de las cláusulas de sumisión expresa. Las partes en determinado tipo de contratos puede atribuir el conocimiento de estos actos en la redacción de las cláusulas de sumisión expresa que incluyan entre el

<sup>1</sup> Cuestión diferente es su caracterización en las normas del DIPr europeo y español en el foro especial de la obligación extracontractual, en cuanto pueda haber un solapamiento de deberes en la relación comercial que no esté claro a la hora de calificar el ilícito concurrencial desleal tal como el TJUE ha establecido en su jurisprudencia y que da lugar a otros problemas diferentes de los problemas que se pueden presentar a la hora de aplicar el foro de la sumisión expresa. Como ejemplo de esta complejidad, STJUE as. *Brogssitter*, C-548/12, de 13 de marzo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:218); algunos comentarios en la doctrina de interés, S. SÁNCHEZ LORENZO “La delimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle dans l’espace judiciaire européen: a propos de l’affaire Brogssitter”, *JDI Clunet*, vol. 4, 2016, pp. 471-478; A. DICKINSON, “Towards an agreement on the concept of “contract” in EU private international law”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2014, pp. 466-474; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: Distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 315-329.

<sup>2</sup> En el Derecho español de la Competencia desleal, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, *BOE*, nº10, de 11 de enero de 1991.

clausulado. En particular, en contratos como en el que las partes en el procedimiento habían pactado. Contratos del tipo *Business to Business (B2B)*, de relaciones comerciales entre profesionales<sup>3</sup>.

3. Antes de analizar el Auto y procedimientos relacionados se hacen las siguientes reflexiones en esta Introducción, que pueden arrojar luz sobre supuestos de bastante complejidad en el ámbito de los litigios transfronterizos de la competencia desleal y las particularidades que la merecen, como es el presente supuesto de hecho. Reflexiones en torno a los aspectos generales compartidos para todos los litigios en materia civil y mercantil y, en torno a los aspectos particulares de la vertiente procesal internacional de la competencia desleal.

4. En primer lugar, es necesario diferenciar entre el tipo de actos o prácticas comerciales desleales que los tribunales deben conocer. En su evolución jurídica, de ilícito de responsabilidad extracontractual (*tort*) a ilícito de mercado, la normativa de la competencia desleal diferencia claramente los distintos intereses tutelados en la normativa actual<sup>4</sup>. Evolución acogida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de las normas de DIPr europeo a estos litigios<sup>5</sup>.

De forma actual, la normativa de la competencia desleal ya no sólo tutela los intereses de los particulares en el mercado, sino que junto con el Derecho *antitrust* o de la libre competencia, tutela otros intereses de mayor relevancia, como es el orden público económico del mercado (o mercados). Primer límite añadido a la autonomía de la voluntad de los operadores jurídicos privados en los mercados. Ambos cuerpos jurídicos lo hacen, pero desde diferente posición en lo que se conoce como su aplicación pública (*public enforcement*) y su aplicación privada (*private enforcement*)<sup>6</sup>. Con ello, esta disciplina que siempre se ha solapado con otros cuerpos jurídicos, ahora se solapa con otros cuantos más que tutelan las relaciones privadas y públicas del mercado. Para evitar estos solapamientos, el análisis detallado de la función de cada cuerpo jurídico es necesario por los tribunales. Mucho más en particular en litigios transfronterizos donde la complejidad se incrementa a la hora de caracterizar el objeto de la demanda para aplicar los foros adecuados en sede de competencia judicial internacional y para aplicar la correcta ley en sede de ley aplicable<sup>7</sup>.

5. En el Auto que se analiza y procedimientos relacionados, estos actos de competencia desleal que se alegaban por una de las partes son de los considerados por la normativa de la competencia desleal,

<sup>3</sup> Vid., A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, « Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores », *CDT*, vol. 10, nº2, pp. 276-305, pp. 279-281. Incluso recordando que la materia de la competencia desleal siempre se ha podido ver entendida en el alcance de cláusulas de sumisión a arbitraje..

<sup>4</sup> *Inter alia*, J. M. BISCHOFF, “La concurrence déloyale en droit international privé”, *Trav.com.fr.dr.int.pr.*, 1972, pp.53-79 ; A. DYER, “Unfair Competition in Private International Law”, *R. des C.*, t. IV, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 211, 1988, pp. 381-443; N. PIRES DE CARVALHO “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, en J. DE WERRA (ED.) *et al*, *Défis du droit de la concurrence déloyale. Challenges of Unfair Competition Law*, Schulthess, pp. 1-29; C. KESSEDIAN, “Competition”, en C. MCLACHLAN & P. NYGH (EDS.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford University Press, 1996, pp. 171-189

<sup>5</sup> Vid. J. BASEDOW, “The Law of Open Societies: private ordering and public regulation of International Relations”, *Rec. des C.*, t. 264, Martinus Nijhoff, 2013, at 9-516; M. DANOV, “Global Competition Law Framework: A Private International Law Solution Needed”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, nº1, 2016, at 77-115; B. VILÁ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Laws: a Coherent Approach”, en J. BASEDOW, S. FRANCO & L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Hart Publishing, 2012, pp.17-39; M.DANOV & F.BECKER, “Governance Aspects of Cross-Border EU Competition Law Actions”, *JPIL*, Vol. 10, nº3, 2014, pp. 359-401; M. DANOV, F. BECKER & P. BEAUMONT, *Cross Border Antitrust EU Competition Law Actions*, Hart, 2013; 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, nº2, 2018, pp. 7-178; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. La perspectiva estadounidense, comunitaria y española”, *GJUEyC*, nº 212, 2001, pp. 34-56.

<sup>6</sup> H. MUIR WATT, “La fonction économique du droit international privé”, *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol 1, 2010, at 103-122 ; *id.*, “Aspects économiques du Droit international privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des Conflits de lois et de Jurisdictions)”, *Rec. Des C.*, t. 307, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 39-365 ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *Revue critique de Droit International Privé*, Vol. 101, nº3, 2012, pp. 521-538.

<sup>7</sup> A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, 2016, esp. pp. 169-173.

del tipo *Business to Business* (en adelante, *B2B*). Aquellos actos que se considera que sólo perjudican los intereses (económicos) de los otros competidores en el mercado. No excluyendo la posibilidad que afecten también a los intereses económicos de los consumidores (ilícitos concurrenciales de tipo desleal *Business to consumer-B2C*), y los del mercado en general<sup>8</sup>.

6. Sin embargo, en estos litigios sólo se dilucidan si los actos comerciales desleales han afectado principalmente los intereses económicos de los profesionales o competidores en el mercado/s. Están además muy relacionados y sometidos por los límites del Derecho de contratos y los derechos de exclusiva, como era el caso. Con estas características que los “encasillan” en la parte más privada del Derecho de la competencia desleal sin tener la misma incidencia en el orden público económico (los intereses económicos generales), la norma los diferencia de los otros, con otro tipo de consecuencias jurídicas<sup>9</sup>.

7. Desde las normas del Derecho sustantivo, se ha comentado en el párrafo anterior que existen ciertos contratos *B2B* que se encuentran afectados por límites que el Derecho contractual, el Derecho de la libre competencia y el Derecho de la competencia desleal, e incluso del Derecho de las propiedades inmateriales (intelectual e industrial). Con ello, se limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por razones de orden público económico, especialmente desde el ámbito del Derecho de la competencia que los tribunales también deben tener en consideración a la hora de prejuzgar estos actos<sup>10</sup>. Considerando que dichos actos pueden haber nacido de una relación contractual que limitaba a las partes su ejercicio del derecho a competir en el mercado bien, mediante determinadas cláusulas como son los pactos de no competencia durante y *ex post* contractuales o *non disclosure agreements (NDAs)*, como la no revelación de secretos comerciales (tutela del *know-how*)<sup>11</sup>.

8. En segundo lugar, después de un análisis de los aspectos particulares se podrá aplicar de forma correcta la norma adecuada a cada uno de estos litigios. Por ejemplo, desde las normas del DIPr, para saber si el Acuerdo de la Haya de 2005 para los acuerdos de elección de foro<sup>12</sup>, entiende incluidos

<sup>8</sup> El modelo actual es el denominado “modelo social” en el que se reconocen tutelados por la norma, los tres intereses económicos del mercado: de los competidores (*B2B*), de los consumidores (*B2C*) y del mercado en sí mismo, el orden público económico; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, 1988; J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, 1999; M. VIRGÓS SORIANO, *El Comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal (Un análisis del art. 4 de la Ley española de Competencia Desleal de 1991)*, Civitas (Estudios de Derecho mercantil), 1992, que ya explica con el promulgamiento de la Ley de competencia desleal española en 1991, que pasa a convertirse en un cuerpo de normas que ordenan las relaciones de mercado; J.I. RUIZ PERIS, “Panorámica de la reforma en materia de Competencia desleal”, en J.A. GÓMEZ SEGADÉ, A. GARCÍA VIDAL, M. OLIVENCIA RUIZ (EDS.), *El nuevo derecho mercantil en el umbral del s. XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial-Pons, 2010, pp. 379-390; R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces”, en R. HILTY & F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?*, *MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, n°1, Springer, pp. 1-53.

<sup>9</sup> Desde el DIPr europeo puede observarse dichas diferencias atendiendo a la redacción del artículo 6 del Reglamento Roma II que distingue en sus apartados 1º y 2º (Considerando 21), entre los ilícitos concurrenciales desleales *B2C* y *B2B* en materia de ley aplicable; Reglamento Roma II, Reglamento (CE) N°864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), *DOUE*, L 199/40, de 31 de julio de 2007; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power in European Contract, Competition and Unfair Competition Law or: Law, Economics and System in the “New Legal Order”, *GRUR Int.*, vol. 12, 2016, pp. 1106-1121; A. BEATER, *Unlauterer Wettbewerb; Unlauterer Wettbewerb aus verschiedenen Perspektiven*, Mohr Siebeck, 2011; en relación a como se entienden las cláusulas de sumisión expresa de forma diferenciada en el ámbito de las prácticas comerciales desleales *B2C*, STJUE as. *Henkel*, C-167/00, 1 de octubre de 2002 (ECLI:EU:C:2002:555). Los intereses que se tutelan que emanan del Derecho privado institucional, del Derecho europeo de consumo conllevan una tutela especial diferenciada en las relaciones comerciales *B2B*.

<sup>10</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.- Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA & P. A. DE MIGUEL ASENSIO (EDS.), *Derecho de los negocios internacionales*, 4ªed., Iustel, 2013, pp.145-156; *ID.* “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial practices: Convergence or Divergence?”, S. LEIBL & A. OHLY (EDS.), *Intellectual Property and Private International Law*, Mohr Siebeck, 2009, pp. 137-190.

<sup>11</sup> Como ejemplo, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ªed, Civitas, 2000; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial*, t.XXX, Eurolex, 1999.

<sup>12</sup> Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, de 1 de octubre de 2005, en vigor desde el 1 de octubre de 2015, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

los actos nacidos de la competencia desleal o no en su ámbito material, para determinar la validez de las cláusulas de elección de foro insertadas en los contratos entre las partes. Y si la cláusula de sumisión expresa es válida según esta Convención o bajo otra norma, como puede ser el Reglamento Bruselas I *bis*.

El Auto, al margen de estos problemas procesales de tipo civil internacional, también interesa por el tratamiento que se hace sobre la norma especial de competencia territorial para litigios de competencia desleal, en concreto del artículo 52.1.12ª Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC<sup>13</sup>). Se considera que hubiera merecido mucho más razonamiento jurídico por parte de los juzgadores, sobre todo del criterio de los *efectos*, en contraposición con la solución que se ofrece en sede de competencia judicial internacional para los litigios de competencia desleal transfronteriza, tanto en el DIPr europeo como en el español.

9. En relación a los aspectos generales y dado que lo que se ponía en tela de juicio por las partes en la declinatoria, era la validez y alcance de una cláusula de sumisión expresa se hacen también estas consideraciones previas. Las cláusulas de elección de foro o sumisión expresa no tienen un ámbito limitado a la responsabilidad contractual, o aquella nacida del contrato entre las partes. Si las partes en su libertad para negociar deciden también otorgar competencia a los tribunales de un Estado en particular para conocer de actos de competencia desleal, este aspecto debe ser apreciado y tenido en cuenta por estos tribunales<sup>14</sup>.

Esto es así en lo que la Doctrina, por ejemplo, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GÓNZALEZ, ha explicado sobre la independencia de la cláusula de sumisión expresa. Siendo un “contrato” o “acuerdo” dentro del mismo contrato. Con autonomía propia. Basado en el principio de separabilidad (*severability principle*)<sup>15</sup>.

De esta forma, y aunque estén incluidas en un contrato, se atenderá a la letra de la cláusula para conocer el alcance la misma, y a su validez, conociendo finalmente sobre qué actos que pueden haber nacido fuera de la obligación contractual, las partes decidieron someterlos a determinada autoridad judicial o no. Respetando de esta forma, la voluntad de las partes en el contrato (su autonomía de la voluntad) querida por el legislador para este foro<sup>16</sup>. Se añade que la independencia de la cláusula de sumisión expresa es de tanto alcance que, aún declarando la nulidad de un contrato, su validez puede sobrevivir al mismo.

## II. Cuestiones de competencia judicial internacional

### 1. El “supuesto de hecho” y el Auto de la AP Zaragoza : dos procedimientos y una cláusula de sumisión *mixta o gris*

10. Del Auto principal que se analiza que resolvía un recurso de apelación por una declinatoria internacional interpuesta por la empresa demandada considerando la falta de competencia judicial internacional de los tribunales de Zaragoza, se desprende que, entre las partes en apelación, recurrente (empresa española) y recurrido (empresa norteamericana), existía un contrato. En dicho contrato, las

<sup>13</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE nº7, de 8 de enero de 2001.

<sup>14</sup> De hecho, en la jurisprudencia del TJUE en relación con las cláusulas de elección de foro y acuerdo de distribución selectiva, STJUE as. *Apple Sales International c. MJA y otros*, C-595/17, de 24 de octubre de 2018, (ECLI:EU:C:2018:854); STJUE as. *Cartel Damage Claims (CDC)*, C-352/13, de 21 de mayo 2015 (ECLI:EU:C:2015:335).

<sup>15</sup> A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado..op.cit.*, esp. pp. 268-270; un análisis exhaustivo del foro de las cláusulas de sumisión expresa en el Reglamento Bruselas I *bis*, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la competencia”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO ET AL., (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi, 2016, pp. 545-580; de forma exhaustiva y desde el Derecho comparado, M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study*, Bloomsbury, 2017.

<sup>16</sup> Desde el Informe P. Jenard sobre la Convención de Bruselas de 1968, “Report Mr P Jenard on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and recognition and enforcement,” *DOCE*, C 59, 5 March 1979, Vol. 22 at C 59/37; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la competencia” en, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO ET AL., (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi, 2016, pp. 545-580.

partes habían incluido una cláusula de sumisión expresa *mixta* a los tribunales de Zaragoza y a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) teniendo por tanto como alternativa a la jurisdicción ordinaria para resolver las controversias, el arbitraje comercial internacional de tipo institucional<sup>17</sup>.

11. En primera instancia la empresa norteamericana interpuso declinatoria internacional alegando la falta de competencia judicial internacional de los juzgados de Zaragoza para conocer de los presuntos actos de competencia desleal, que la empresa española le acusaba haber cometido en territorio español<sup>18</sup>. El juzgador de instancia aceptó la declinatoria internacional planteada por la empresa norteamericana y la empresa española recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza (en adelante, AP de Zaragoza), considerando que la cláusula de sumisión expresa era válida en el caso de autos, dado que se podían ver incluidos en su redacción y alcance los actos de competencia desleal. La AP de Zaragoza apreció como el juzgador de instancia que la cláusula de sumisión expresa no era válida para conocer de estos actos. Añadiendo en su fallo que dicho contrato había sido ya resuelto en otro procedimiento anterior entre las partes<sup>19</sup>. Esto es, era la segunda vez que la empresa española demandaba a la empresa norteamericana ante los tribunales españoles.

12. La primera vez, en el año 2017, la empresa española solicitaba resolver ante los tribunales de instancia de Zaragoza, el contrato de distribución internacional con pacto de exclusiva, que existía entre ambas partes desde el año 2010<sup>20</sup>. Tanto el Juzgado de Zaragoza de Primera Instancia nº20 como la AP de Zaragoza conocieron del procedimiento a favor de la empresa española, entendiendo la validez del acuerdo de sumisión tanto a los tribunales de Zaragoza como a la Corte arbitral de la CCI. Al ser una cláusula de sumisión mixta tenía validez tanto en sede judicial como arbitral<sup>21</sup>. No pudiendo considerarla una cláusula de sumisión expresa asimétrica en cuanto ambas partes habían negociado la cláusula en igualdad de condiciones sin ser ninguna de ellas, de forma unilateral, la que estableció ambas sumisiones. O al menos, así se desprende de la lectura de la Sentencia de la AP de Zaragoza del primer procedimiento (2017). En este primer procedimiento la SAP de Zaragoza si reconoce el incumplimiento contractual, especialmente del pacto de exclusiva entre la empresa española y la empresa norteamericana.

13. Volviendo al segundo procedimiento del año 2020 y en base a lo anterior, la Audiencia Provincial de Zaragoza resuelve y ratifica el auto de instancia, considerando como ya se ha explicado, que para los actos de competencia desleal demandados en este segundo procedimiento, la cláusula de sumisión expresa de dicho contrato resuelto en el año 2017, no atribuía la competencia judicial internacional a los tribunales españoles.

Además, según el AAP *in fine*, estos actos se habían producido o desplegado sus efectos en el mercado norteamericano, que no el español<sup>22</sup>. Añade que como los actos de competencia desleal no se

<sup>17</sup> Estas cláusulas están permitidas por el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis* siendo aceptadas por la jurisprudencia española, A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op.cit.* vol.1, p. 263; Sobre la noción de arbitraje institucional, también controvertida, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transfronterizos”, *Revista de la Corte española de arbitraje*, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104, G.F.CABALLERO, “El arbitraje institucional”, en V. DE CARVAHLO LEAL & A. USCANGA BARRADAS, *El derecho y sus razones: aportaciones de jóvenes investigadores*, *Bubok*, 2013, pp. 221-227; Z.S. TANG, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, Routledge, 2014.

<sup>18</sup> En base al artículo 63 y ss. de la LEC.

<sup>19</sup> Sentencia nº 00844/2017, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 28 de diciembre de 2017, SAP Z 2813/2017 (ECLI:ES:APZ:2017:2813), AH 1º, 1º.

<sup>20</sup> Sentencia nº 00844/2017, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 28 de diciembre de 2017, SAP Z 2813/2017 (ECLI:ES:APZ:2017:2813), FD 5º.

<sup>21</sup> Se reproduce el contenido de la cláusula de sumisión mixta: FD 1º: “En su artículo 19, tras señalarse que cualquiera de las partes tendrá derecho a recurrir a las disposiciones del Reglamento del Procedimiento Precautorio Arbitral (Paris) y declararse ambas sujetas a ese Reglamento se dice que, “todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo al mismo, incluyendo en particular su incumplimiento, interpretación, ejecución, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de derecho, definitivamente, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento de Arbitraje”. Seguidamente dice en su artículo 21: “las partes por medio del presente documento se someten de forma irrevocable expresa a los procesos, jurisdicción y Juzgados de Zaragoza”.

<sup>22</sup> AAP nº 68/2020, Sección 5ª, FD 5.

encuentran incluidos en el ámbito material del Acuerdo de la Haya sobre acuerdos de elección de foro del 2005, y según nuestras normas de competencia territorial en materia de competencia desleal (artículo 52.1.12ª LEC), los tribunales españoles no son los competentes ni internacional ni territorialmente.

14. La SAP de Zaragoza del primer procedimiento dedica de forma más exhausta a analizar la validez o no de esta cláusula de sumisión expresa mixta. Con una redacción que puede decirse amplia si se atiende a que las partes incluyen en la misma “*todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo al mismo*”<sup>23</sup>. Aunque esta redacción incluye en la cláusula de sumisión expresa el arbitraje institucional de la CCI, puesto que en la de sumisión a jurisdicción ordinaria la redacción es más laxa<sup>24</sup>, es de relevancia para entender si finalmente dicha cláusula si hubiese tenido el alcance necesario para conocer de los actos de competencia desleal tras la ruptura del contrato de distribución con pacto de exclusiva entre las partes.

## 2. De La Haya a Bruselas haciendo escala en Zaragoza: el instrumento jurídico adecuado para determinar la validez de la cláusula de sumisión expresa en el caso de Autos

15. Como se conoce bien, si en un contrato internacional o con elemento extranjero existe una cláusula de sumisión expresa, de acuerdo con la jerarquía de foros establecida en los instrumentos de Competencia judicial internacional para asuntos-materias civil y/o mercantil, el foro adecuado para conocer de las controversias es el foro de la sumisión expresa. De modo que si la cláusula de sumisión expresa no demuestra ser inválida, a la luz del análisis requerido de su validez formal y material, se debe respetar tanto por los tribunales elegidos (*prorrogatio fori*) como por los que no han sido elegidos por las partes (*derogatio fori*)<sup>25</sup>.

De hecho, con estos acuerdos también se puede excluir por las partes, la aplicación del foro general del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia de la obligación contractual y de la extracontractual<sup>26</sup>.

16. Para litigios en los que se atribuye la competencia a los tribunales de cualquier de los Estados miembros, el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis*, es el foro y el instrumento jurídico que se deberá aplicar. El artículo ya no hace diferencia, -como hacía el anterior Reglamento Bruselas I (Reg. 44/2001) y que el Convenio de Lugano 2007 mantiene en su redacción-, en que al menos una de las dos partes debe tener el domicilio en un Estado miembro<sup>27</sup>.

Lo determinante para activar este foro del Reglamento Bruselas I *bis*, es que se haya atribuido competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro, con independencia del domicilio de las partes contratantes. Si bien es sabido que todos estos instrumentos precitados excluyen de su ámbito material el conocimiento del arbitraje<sup>28</sup>, si existe sumisión a un tribunal arbitral en estas cláusulas

<sup>23</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la ...”, *loc.cit.* en *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia ...*, *op.cit.*, pp. 563-564; en la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, STJUE as. *Powell Duffryn*, C-214/89, de 10 de marzo de 1992 (ECLI:EU:C:1992:115), limitando que todo litigio tenga causa en determinadas relaciones jurídicas entre las partes.

<sup>24</sup> Nota a pie de página 21.

<sup>25</sup> Esto es conocido como el “doble efecto” de las cláusulas de sumisión expresa.

<sup>26</sup> STJUE as. *Cartel Damage Claims (CDC)*, C-352/13, de 21 de mayo 2015 (ECLI:EU:C:2015:335), par 59 y ss.; C. WADLOW, “Bugs, spies and paparazzi: jurisdiction over actions for breach of confidence in private international law”, *EIPR*, vol. 30, n°7, 2008, pp. 269-279, p.279; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de ...”, *loc.cit.* *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil...op.cit.*, p. 560; J. SUDEROW, “Acciones derivadas de los ilícitos *antitrust*: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia *CDC Hydrogen Peroxide*”, *CDT*, Vol. 8, n°2, 2018, pp. 306-329.

<sup>27</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, *DOCE* L 339, de 21 de diciembre de 2007 (*viz.* Artículo 23).

<sup>28</sup> *Cfr.* artículo 1 apartado 2º letra e, del Reglamento Bruselas I *bis* (Considerando 12); no obstante, esta afirmación exige ciertas matizaciones que no son objeto del comentario, *v.gr.*, A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho In-*

mixtas, los tribunales de los Estados miembros deben valorar y podrán apreciar cuales son las controversias que las partes quisieron someter a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje (de forma incidental)<sup>29</sup>.

De nuevo, atendiendo a la redacción de la cláusula, para conocer su alcance a obligaciones que pueden nacer como consecuencia de la relación comercial entre las partes, incluyendo aquellas que no se consideran o califican como contractuales<sup>30</sup>.

17. En el caso de Autos, especialmente del primer procedimiento entre ambas empresas, es donde los tribunales de Zaragoza valoraron la redacción de dicha cláusula mixta, como ya se ha explicado. La competencia se atribuyó a los tribunales de Zaragoza (España) un Estado miembro. Para el caso de determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y a la luz de este análisis, se entiende que hubiese sido de aplicación el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis*.

18. Este hecho desplaza la aplicación del artículo 22 *bis* Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) sobre acuerdos de jurisdicción<sup>31</sup>, dado que no se atribuía a tribunales de terceros Estados la competencia para conocer de ninguna de las controversias. Si la redacción de la cláusula, por ejemplo, hubiese otorgado la misma competencia a los tribunales norteamericanos que a los españoles.

19. El artículo 22 *bis* LOPJ, como norma atributiva y no distributiva (a diferencia de las contenidas en el Reglamento Bruselas I *bis* y otros Convenios internacionales de competencia judicial internacional), sólo le hubiese ayudado a los tribunales españoles para determinar si la cláusula de sumisión expresa a los tribunales norteamericanos no siendo “exclusiva”, hubiera podido otorgarles la competencia judicial internacional también a ellos. Si la cláusula atribuyere de forma inequívoca y exclusiva la competencia judicial internacional a los tribunales norteamericanos, entonces los tribunales españoles, en virtud de la redacción de los foros de la norma española, deben declinar su competencia a favor de los mismos.

### 3. El ámbito material y espacial de la Convención de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro

20. Ahora bien, y dado que se menciona en el Auto, cabe considerar si el Acuerdo de la Haya del 2005 sobre elección de foro hubiera sido de aplicación en el caso de autos. Cuando se redactó el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis*, ya se había redactado y negociado la Convención de la Haya de acuerdos de elección de foro. Aunque no entró en vigor para los Estados miembros hasta el año 2015.

Es bien sabido que el Reglamento Bruselas I *bis* no impide la aplicación de otros Convenios internacionales que estén en vigor para los Estados miembros y otros terceros Estados en las materias que abarca. Al contrario, la cláusula de compatibilidad que el mismo Reglamento Bruselas I *bis* contiene, hace posible una coexistencia coherente entre todos estos instrumentos jurídicos<sup>32</sup>.

---

*ternacional...*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 216-217; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley Unión Europea*, vol. I, nº9, 2013, pp.5-23; M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I *bis*”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº1, 2015, pp. 15-48.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Vid.*, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, « Competencia judicial internacional... », *loc.cit.*, p.281 citando el caso *Top Airways vs. Thai Airways*, en donde también se debatía si los actos de competencia desleal en una red de contratos de agencia y distribución tenían cabida en la cláusula de sumisión a arbitraje, SAP nº 8878/2017, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 20 de octubre de 2017 (ECLI: ES:APB:2017:8878), FD 1º pto 4: “(...) la juez a quo señala que la cláusula de sometimiento a arbitraje alcanza únicamente a la acción por incumplimiento del contrato de agencia. No afecta, por el contrario, a la acción vinculada al contrato de distribución y a la de la competencia desleal”.

<sup>31</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *BOE*, nº174, de 22 de julio de 2015, artículo 22 *bis* LOPJ: “En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos (...)”.

<sup>32</sup> Artículo 71 Reglamento Bruselas I *bis*; el Informe explicativo de la Convención de la Haya del 2005, también en su página 795 (35) aclara la compatibilidad entre ambos instrumentos jurídicos: M.DOGAUCHI & T.C. HARTLEY, “Rapport explicatif annexé à

**21.** En acuerdos de sumisión expresa, si se cumplen los siguientes requisitos que se exponen a continuación, la Convención de la Haya del 2005 desplazará la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*. Los requisitos son: que las partes pertenezcan a un Estado parte del Convenio habiendo atribuido de forma inequívoca la competencia judicial internacional a los tribunales de estos Estados parte (primer requisito-ámbito territorial/espacial) en que el Convenio se encuentre en vigor (segundo requisito-ámbito temporal). Y el tercer requisito es que la materia de la que verse el contrato y que la cláusula de sumisión expresa alcance, se encuentre entendida dentro del ámbito material de la precitada Convención (ámbito material).

**22.** En el AAP de la Sección 5ª (2019) se hace mención que el Convenio de la Haya podría haber sido de aplicación en defecto del artículo 25 Bruselas I *bis*, pero que no se puede aplicar porque el acto por el que se ha demandado es un acto de competencia desleal excluido de la Convención, de su ámbito material<sup>33</sup>.

**23.** Dos consideraciones sobre esta afirmación.

- *Primera.*- Estados Unidos sólo consta que ha firmado el Convenio (2009), pero no que lo haya ratificado sin estar aún en vigor para este Estado. Según la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados<sup>34</sup>, por los que los tratados internacionales se rigen para regular sus formalidades, un tratado que no ha sido aún ratificado, aunque haya sido firmado, no significa que esté en vigor y despliegue plenos efectos para el Estado firmante y sus nacionales (a no ser que se haya acordado lo contrario)<sup>35</sup>. Esto ya lo excluye para ser aplicado en este caso, incluso si la cláusula de sumisión expresa se hubiera considerado válida o con suficiente alcance para entender de los actos de competencia desleal por los tribunales españoles.
- *Segunda.*- Los actos de competencia desleal son confundidos por la AP de Zaragoza, con los actos o obstáculos a la libre competencia mencionados en el artículo 2 apartado 2 letra h. Sobre este particular, el análisis es meritorio. El informe explicativo “Informe *Dogauchi-Hartley*” sobre la Convención lo aclara<sup>36</sup>. Las cláusulas de elección de foro pueden extender su campo de aplicación y por tanto su alcance, a las obligaciones extracontractuales nacidas de un acto comercial desleal. Si de esta manera lo han acordado las partes. Lo que la Convención de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro establece en el art.2.2.h, es que no se aplicará a los actos nacidos como consecuencia del incumplimiento del Derecho *antitrust* o de libre competencia, pero no hace referencia expresa a la competencia desleal. No excluye de su ámbito material estos actos o prácticas comerciales desleales<sup>37</sup>.

---

la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for”, *Conférence de La Haya de Droit international privé*, 2013, pp. 1-104, disponible la versión electrónica en : <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>

<sup>33</sup> Se reproduce el FD 4 del AAP de Zaragoza, Sección 5ª: “En principio, podría ser aplicable el Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005, por cuanto ha sido suscrito por los Estados Unidos de América y España. Sin embargo, el artículo 2.2. establece : « El presente Convenio no se aplicará a las siguientes materias: *h) los obstáculos de la competencia*” (la cursiva no es del texto original).

<sup>34</sup> Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, *BOE* n°142, de 13 de junio de 1980.

<sup>35</sup> *Vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. A. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, 7ªed, 2002, esp. pp. 215-220., considerando la dimensión individual o particular de la entrada en vigor de los tratados, para cada uno de los Estados que han negociado el tratado, de acuerdo a la Convención de Viena de 1969; De forma actual son parte de esta Convención, los EEMM de la UE, México, Montenegro y Singapur.

<sup>36</sup> M.DOGAUCHI & T.C. HARTLEY, “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for”, *Conférence de La Haya de Droit international privé*, 2013, pp. 1-104, disponible la versión electrónica en : <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>

<sup>37</sup> En la versión inglesa: Article 2 para 2 (h): *anti-trust (competition) matters*; versión francesa: “*les entraves à la concurrence*”.

24. El punto 60 del Informe de *Dogauchi-Hartley* explica que los actos producidos como obstáculos al Derecho *antitrust* expresamente excluidos del ámbito material, se refiere los actos de los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>38</sup>. Esto es, lo que se conoce y se ha mencionado en la introducción como la aplicación pública del Derecho *antitrust*. Sin embargo, no está incluyendo lo que se conoce cómo competencia desleal<sup>39</sup>.

25. *Ad abundantiam*, en el punto 63 del mismo Informe *Dogauchi-Hartley* se matiza que no es que no se incluyan tampoco los actos nacidos de la infracción del Derecho *antitrust*. Si se podrán ver incluidos en su ámbito material cuando sean como consecuencia de una ruptura contractual, esto es, que hayan nacido del contrato o que tengan relación con una relación comercial que las partes tenían con anterioridad. De nuevo, de un contrato que suele tener límites impuestos por el Derecho de la libre competencia como son los contratos de distribución<sup>40</sup>. Los actos de Derecho *antitrust* que se excluyen de la Convención son los que se dilucidan cómo objeto principal de la demanda, pero no cuando el contrato es nulo como consecuencia de la infracción de un deber del Derecho *antitrust*<sup>41</sup>. Como, por ejemplo, puede ser la infracción del pacto de exclusiva y / o de cláusulas de no competencia entre otros<sup>42</sup>. Algo que se ha conocido como la “teoría de las restricciones accesorias” en el ámbito del Derecho *antitrust*, en este tipo de contratos (y que puede ser extrapolable a determinados actos/ilícitos concurrenciales de competencia desleal *B2B*)<sup>43</sup>.

#### 4. Particularidades de los contratos de distribución con pacto de exclusiva: ¿cláusula de no competencia *ex post* contrato?

26. Al hilo de lo anterior, entre las partes existía un contrato de distribución con pacto de exclusiva. Aunque este aspecto no era el discutido, si que se analiza por la posibilidad que hubiera existido una cláusula o pacto de no competencia post contractual entre las partes. Y para saber si los actos de competencia desleal se hubieran visto incluidos en el alcance de la cláusula de sumisión mixta como consecuencia de la contravención de dichos deberes y/u obligaciones de tipo contractual en una relación comercial previa, requisito *sine qua non* para entender que la redacción los comprende<sup>44</sup>. Es cierto que la AP de Zaragoza tiene razón en considerar, que el contrato fue resuelto en el procedimiento

<sup>38</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 200 (versión consolidada), BOE nº 286 de 27 de noviembre de 2009.

<sup>39</sup> Cfr. M. DOGAUCHI & T.C. HARTLEY, “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for... », *loc.cit.*, p. 803 (43), pto. 60 : « (...) *Sub-paragraph h does not cover what is sometimes called « unfair competition » (in French, concurrence déloyale), for example, misleading advertising or passing one’s goods off as those of a competitor*”. En la nota a pié de página 88 del Informe se clarifica que la versión francesa “*les entraves à la concurrence*” no se refieren en ningún caso a los actos de competencia desleal.

<sup>40</sup> L. BERENGUER FUSTER, “Derecho de la Competencia y Contratos de Distribución”, *Círculo de Derecho Administrativo*, 2010, pp. 225-242; M. PÉREZ PEREIRA, “Contratos de distribución: entre teoría y realidad”, en *Estudios sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1651-1666.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pto. 62-63. “*On the other hand, if a person sues someone under a contract, and the defendant claims that the contract is void because it infringes anti-trust/competition law, the proceedings are not outside the scope of the Convention, since antitrust / competition matters are not the object/subject of the proceedings but arise merely as a preliminary question (...)*”; B. RODGER, *EU Competition Law and Private International Law: a developing relationship, Handbook on European Competition Law*, Elgar Original Reference, 2013, pp. 456-490; P. CARO DE SOUSA, “Should Jurisdiction Clauses Be Interpreted Differently in Competition Law Cases?: A comment on Case C-595/17 Apple”, *Competition Policy International (CPI) EU News*, 2018, disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/11/EU-News-Column-November-2018-2-Full.pdf>; J. SUDEROW & A.L. CALVO CARAVACA, “Aplicabilidad de un acuerdo de elección de foro a una reclamación de indemnización de daños por vulneración del artículo 102 TFUE: El caso *Apple Sales International (C-595/17)*”, *CDT*, vol. 11, nº2, 2019, pp. 439-451.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 867 (47). Pto. 76. *Intellectual property contracts*; en la Jurisprudencia del TJUE, STJUE as. *Coty Germany*, C-230/16, 6 de diciembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:941).

<sup>43</sup> L. MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”, *DN*, vol. 11, nº 122, 2000, pp. 1-50; J. MARTÍ MIRAVALLS, “Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de Franquicia”, 2009, pp. 1-26.

<sup>44</sup> A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, « Competencia judicial internacional... », *loc.cit.*, p.304.

anterior. Pero la cláusula no se limitaba en su redacción a las obligaciones de tipo contractual, según el análisis realizado.

**27.** No obstante, se puede hacer dos apuntes, basados en la presunción que se realiza y a falta de otros datos ofrecidos por las resoluciones del primer y segundo procedimiento.

*Primero:* la cláusula de sumisión expresa puede subsistir aún cuando un contrato sea nulo o resuelto. Como se mencionó en la Introducción, esto es debido al “principio de separabilidad” del resto de cláusulas. En relación al análisis que debe realizarse de estas cláusulas de su validez formal y material tal como establece el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis*. Siendo este el artículo e instrumento jurídico que hubiera debido aplicarse en este caso. Y aunque es cierto que son accesorias al contrato, habrá que determinar si por la ley de los tribunales que las partes eligieron (*lex fori prorrogatio*), dicha cláusula podría subsistir incluso tras disuelto el contrato entre las partes<sup>45</sup>, que les siguiera otorgando competencia judicial internacional a los tribunales elegidos en la misma, de estos deberes u obligaciones de tipo contractual.

**28.** *Segundo:* pudiera ser que dichos actos de competencia desleal nacieron de forma posterior como consecuencia de las relaciones profesionales con otros competidores de la propia red de distribución internacional entre la empresa española y la norteamericana. Nada se dice si existía alguna cláusula o pacto de no competencia entre ambas, que fuera el detonante de este segundo procedimiento basado en presuntos actos de competencia desleal. No siendo algo ajeno a este tipo de contratos y redes comerciales, como se ha puesto de relieve.

**29.** De hecho, estas cláusulas o pactos de no competencia post contractuales son típicas y controvertidas en dichos contratos. Si bien, cuando se han incluido en el contrato, limitan la competencia por un tiempo determinado con compensación económica, para los contratantes en redes de distribución, agencia, franquiciados o contratos de licencias sobre derechos de propiedad intelectual de forma post contractual.

Límite dado en estos contratos por el Derecho de la libre competencia por su repercusión en la competencia, atendiendo a la ley material que pueda regir el contrato<sup>46</sup>. Y lo más importante para estos litigios, que despliegan su eficacia cuando el contrato termina durante el tiempo pactado por las partes.

**30.** El hecho que se hubiera mencionado en el Auto o en el primer procedimiento entre las partes, hubiera sido valioso para valorar si aún resuelto el contrato, esta cláusula impedía a la empresa norteamericana demandada durante un tiempo limitado competir en el mismo mercado con los competidores u otros profesionales / clientes de la red de distribución. O si hubiera existido una infracción del deber de compensación por clientela, traspaso *del know how* a otros profesionales, etc<sup>47</sup>. Actos que también desde el Derecho de la competencia desleal se observan como ilícitos concurrenciales desleales.

<sup>45</sup> A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, vol. 1, p. 270; también consagrado en la jurisprudencia del TJUE desde la STJUE as. *Benincasa*, C-265/95 de 3 de julio de 1997 (ECLI:EU:C:1997:337).

<sup>46</sup> Desde la óptica *ius privatista*, A-L., CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16ª ed., Comares, 2016, esp. pp. 976-978; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil (De Conflictus Legum. Estudios de Derecho internacional privado)*, Universidad Santiago de Compostela, 2000; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Aranzadi, 2018; M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia y concesión comercial”, en A.L.CALVO CARAVACA & L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (COORD.), *Contratos internacionales*, Tecnos, 1997, pp. 1275-1383; en el ámbito del Derecho sustantivo, L. J. GIRARD, “Responsabilidad del concedente de contratos de distribución por invasiones producidas en zonas otorgadas en exclusividad”, *Revista argentina de Derecho empresario*, 2007, disponible *online* en: [http://estudiocaselli.com.ar/img/publicaciones/2007\\_08\\_RevistaArgentinadeDerechoEmpresario02.pdf](http://estudiocaselli.com.ar/img/publicaciones/2007_08_RevistaArgentinadeDerechoEmpresario02.pdf); M. J. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, *La extinción de los contratos de distribución comercial*, Universidad de Salamanca publicaciones, 2015, disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/0d57/7d72c02a552bcbbda99f3ab17ce3735a9e76.pdf>.

<sup>47</sup> M.PÉREZ PEREIRA, “Contratos de distribución: entre ...”, *loc.cit.*, en *Estudios sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al profesor...*, pp. 1661-1662.

Pero es cierto que no como infracciones de tipo contractual, sino como la jurisprudencia española viene desarrollando como contravenciones a los deberes generales de conducta en el mercado<sup>48</sup>. Incluso han llegado a no considerarse actos de competencia desleal en algunos supuestos<sup>49</sup>.

También hubiese servido para valorar dónde se produjeron de forma potencial, los efectos de dichos actos de competencia desleal que la empresa española demandaba (límite dado en estas relaciones comerciales por el Derecho de la competencia desleal). En qué mercado, o mercados, como lugares determinados. No descartando la posibilidad que, en redes de este tipo, los mercados afectados y / o relevantes pueden ser varios, y no limitados a un solo territorio. Datos que hubiesen sido de particular interés para observar todos estos problemas de tipo procesal y sustantivo en el litigio y valorar la aplicación de un foro u otro, atendiendo a la validez o invalidez de la cláusula de sumisión expresa.

31. Lo único que se observa en la lectura de la SAP (2017) es que el tribunal en el primer procedimiento conoció de diversas infracciones de tipo contractual, considerada la más grave por la AP, la infracción del pacto de exclusiva en cuanto la empresa norteamericana había permitido el plagio de los productos que tenían contratados ambas empresas en su red de distribución exclusiva. Sin embargo, durante la duración del contrato entre las partes.

### III. Aspectos de la competencia territorial en litigios de competencia desleal transfronteriza en el Derecho procesal civil español

#### 1. Alternativa en el supuesto de hecho para valorar la falta de Competencia judicial internacional de los tribunales españoles

32. El AAP (2020) considera en el FD<sup>2º</sup> y el FD 5º que según el artículo 52.1.12 LEC donde el legislador español determina la competencia territorial para litigios de competencia desleal (al margen de las normas de competencia judicial internacional) no se puede entender que los actos demandados hayan producidos *efectos* en el mercado español sino en el mercado norteamericano.

33. Se puede deducir de estos FD del segundo Auto que la Audiencia una vez descartada la aplicación del foro de la sumisión expresa, valora los actos de competencia desleal como actos de responsabilidad extracontractual. Además, parece excluir la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*, porque el domicilio el demandado se encuentra en Estados Unidos. Lo único que nada dice que se aplique o bien el Reglamento Bruselas I *bis*, o bien la LOPJ. Directamente explica que se aplica el artículo 52.1.12ª de la LEC. Es decir, valora y acepta la impugnación de la competencia judicial internacional mediante la declinatoria de la empresa norteamericana a través de la norma de la competencia territorial.

---

<sup>48</sup> En la doctrina mercantilista se aprecia a la luz del análisis de la jurisprudencia en estos contratos y otros relacionados como el de agencia que la “cláusula de no competencia post contractual” no es generalmente considerado un deber nacido de la obligación contractual o del contrato entre las partes, *v.gr.*, J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Cláusulas de no competencia post-contratual, cláusulas penales, inducción a la infracción contractual y Derecho de la Competencia (I-IV)”, 2011, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2011/11/clausulas-de-no-competencia.html>; F. MARCOS, “Contratos con referencias a competidores (CRC): referencias contractuales a terceros y restricciones a la competencia”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-253, 2020; A. SUÑOL LUCEA, “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, disponible en: <https://almacenederecho.org/incumplimiento-de-la-prohibicion-de-no-competencia-y-competencia-desleal>; desde la visión *ius privatista*, en los mismos contratos de distribución y concesión la calificación que puedan recibir en sede de competencia judicial internacional también ha sido muy controvertida pero por la falta de armonización material en la materia, A. CEBRIÁN SALVAT, “La concesión de venta y la competencia judicial internacional”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, nº19, 2015, pp. 197-210.

<sup>49</sup> J. ALFARO ÁGUILA REAL “Incumplimiento de un pacto de no competencia en un contrato de compraventa de empresa: no es competencia desleal”, *Derecho mercantil*, 2011, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2011/09/incumplimiento-de-un-pacto-de-no.html>.

**34.** La solución correcta hubiese sido aplicar primero el artículo 22 *quinquies* b de la LOPJ y de forma posterior el artículo 52.1.º12ª de la LEC. Huelga decir que si hubiera sido de aplicación el artículo 7 apartado 2º del Reglamento Bruselas *I bis*, también de forma posterior se tendrían que haber aplicado el artículo 52.1.º2ª LEC<sup>50</sup>. Con independencia de si realmente luego los tribunales españoles hubieran tenido o no competencia en base a estos foros. Sólo se tiene a bien explicar, una omisión en el Auto del segundo procedimiento. La solución de aplicar el foro del sistema autónomo es porque no existen criterios de conexión para poder activar el foro especial por razón de la materia en alternancia con el foro general del domicilio del demandado del Reglamento Bruselas *I bis*.

**35.** De acuerdo al foro especial relativo a la obligación de tipo extracontractual de la LOPJ, -el artículo 22 *quinquies* b-, conocerán los tribunales españoles si el hecho dañoso se ha producido en *territorio español (forum loci damni)*<sup>51</sup>. El foro es cierto que no especifica, tal y como está redactado si también cupiese la posibilidad de entender en esta redacción el *forum loci delicti commissi*, como hace el artículo 7 apartado 2º del Reglamento Bruselas *I bis*<sup>52</sup>. La diferencia tiene sentido desde la teoría y principios de estos foros<sup>53</sup>. Los establecidos por el legislador del Estado miembro en su derecho interno son atributivos. Los establecidos por el legislador europeo son distributivos, como bien se conoce<sup>54</sup>.

El foro del artículo 22 *quinquies* letra b es el destinado a determinar la competencia judicial internacional en materia de actos de competencia desleal, porque su caracterización clásica en el DIPr europeo y español es de obligación de tipo extracontractual, en defecto de no poder entenderse incluidos estos actos en la redacción de la cláusula de sumisión expresa o como una obligación nacida de la relación contractual entre los profesionales<sup>55</sup>.

Esta presunción se realiza desde estas líneas en cuanto parece desprenderse tal y como se aplica el artículo 52.1.12ª de la LEC, que se pudo calificar la obligación que unía a las partes como extracontractual, como una contravención de un deber general de conducta en el mercado y no nacida de la obligación contractual en base al contrato de distribución en exclusiva que unió a las partes<sup>56</sup>, en cuanto la AP de Zaragoza rechaza que ya existiese ningún contrato entre ambas por haber sido resuelto.

## **2. Disonancias cognitivas: la solución de la norma de competencia territorial en materia de competencia desleal y la solución de la norma de competencia judicial internacional**

**36.** El artículo 52.1.12 LEC contiene varios criterios para determinar la competencia territorial de los tribunales españoles una vez tienen atribuida la competencia judicial internacional. La redacción

<sup>50</sup> N. DÍAZ MÉNDEZ, “La competencia territorial en los juicios en materia de competencia desleal”, *La Ley*, nº2, 1993, pp. 980-982; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal (Doctrina y jurisprudencia)*, 2ªed., Tirant lo Blanch 1999; *id.*, *Competencia desleal: Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil y extra-jurisdiccional) Doctrina, legislación y jurisprudencia*, t.I y t.II, Tirant Lo Blanch, 2008; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Competencia desleal”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *Derecho del Comercio internacional*, Eurolex, 1996, pp. 169-189; R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal”, *Derecho de los negocios*, vol. 10, nº. 103, 1999, pp. 16-23.

<sup>51</sup> Artículo 22 *quinquies* LOPJ, letra b: “en materia de obligaciones contractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español”.

<sup>52</sup> Artículo 7 apartado 2º del Reglamento Bruselas *I bis*: “en materia delictual o cuasi-delictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.” Y según la consolidada jurisprudencia del TJUE sobre este foro que permite su aplicación en ilícitos ubiucos (producidos en dos lugares diferentes) o multilaterales (producidos en varios lugares de forma simultánea) desde la STJUE, as. *Mines de Potasse*, C-21/76 de 1 de octubre de 2002 (ECLI:EU:C:1976:166), y STJCE, as. *Shevill*, C-68/93, de 7 de marzo de 1995 (ECLI:EU:C:1995:61) para ilícitos de tipo multilateral.

<sup>53</sup> En ambos rige el “principio de proximidad “entre el lugar del hecho dañoso y el lugar donde se ha cometido el hecho causal y los tribunales. No obstante, desde la diferenciación de ser foros diseñados por un legislador nacional que sólo pueden atribuir competencia judicial internacional a sus tribunales. Y los internacionales-europeos que deben distribuirla entre los tribunales de varios Estados miembros, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, pp.285 y ss.

<sup>54</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ & M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, 2007; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 7ªed., Civitas, 2013, pp. 73 y ss.

<sup>55</sup> *Vid. supra* Epígrafe I. Introducción.

<sup>56</sup> *Vid. supra* apartado anterior.

de este precepto no se encuentra en armonía con la redacción de estas normas de competencia judicial internacional, siendo la norma de competencia territorial mucho más exhaustiva en criterios de conexión para localizar un tribunal competente en litigios de competencia desleal en territorio español<sup>57</sup>.

**37.** Los criterios de este precepto son los siguientes por orden según el artículo son: el criterio del establecimiento del demandado y el domicilio o lugar de residencia (este último opera en caso de no conocer el domicilio) y sino lo tuviere en “territorio español” el *lugar donde se cometió el acto comercial desleal* (que viene siendo el equivalente al *forum delicti commissi* en las normas de competencia judicial internacional) o *donde se produzcan los efectos del acto comercial* (que viene siendo el equivalente al *forum loci damni*) siempre y cuando se produzcan en territorio español. Pero, ¿en base a qué efectos en el mercado? ¿concuerda con el criterio de conexión de la norma de competencia judicial internacional, esto es, el mercado afectado? ¿cómo se determinan estos efectos en el mercado?

**38.** Haría falta añadir que los efectos sustanciales se refieren a cuándo el acto de competencia desleal que se ha podido iniciar en el extranjero produce sus efectos en el mercado español (conocido como el criterio *de minimis*). También válido para los litigios en donde se sustancian infracciones privadas del Derecho *antitrust*<sup>58</sup>.

El criterio *de minimis* entiende que los actos de competencia desleal, para poder ser conocidos por el tribunal del lugar donde se han producido los efectos, deben haber causado un daño directo y sustancial en ese mercado que debe haber sido “afectado”. No incluye el conocimiento de los daños indirectos. Con ello, lo que se limita es el uso abusivo de estos foros, conocido como *bad forum shopping* o *forum shopping* indiscriminado, cuando se aplica este foro de la obligación de tipo extracontractual para estos litigios<sup>59</sup>.

**39.** No obstante, y aunque este no parecía ser el argumento de relevancia en este auto en particular de la AAP de Zaragoza del segundo procedimiento (2020) si cabe recordar que la consideración de los “efectos” en el mercado no es muy clara en la norma, teniendo en cuenta que el criterio clásico de la disciplina, -reconocido en sede de competencia judicial internacional en la jurisprudencia y Doctrina-, más que el de los *efectos*, se constituye como el del “mercado afectado” para los litigios de competencia desleal. Al abrigo de esta evolución como ilícito de mercado, como un cuerpo de normas ordenador de las conductas en los mercados. Los efectos pueden ser provocados por cualquier acto, por ello es importante determinar en dónde y qué tipo de efectos<sup>60</sup>. En litigios del Derecho de la competencia, incluyendo

<sup>57</sup> Aunque a niveles diferentes, tampoco se encuentra en armonía con la solución ofrecida en sede de ley aplicable que ya reconoce el criterio del mercado afectado como el adecuado para los litigios transfronterizos de competencia desleal, *vid.* Artículo 6 Reglamento Roma II, apartados 1º y 2º y Considerando 21 Roma II..

<sup>58</sup> Para los litigios en materia de Derecho *antitrust*, el criterio adecuado consagrado es el criterio del “mercado relevante”, aparte de los efectos sustanciales y directos en el mismo. Para los litigios de competencia desleal es el criterio diferenciado del “mercado afectado”.

<sup>59</sup> *Inter alia*, M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo...*, *loc.cit.*; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del...”, *loc.cit.*; T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht*, Mohr Siebeck, 2015; T.W.DORNIS, *Trademark and Unfair Competition Conflicts-Historical-Comparative, Doctrinal and Economic perspectives*, Cambridge University Press, 2017; P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerccihtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten”, *WuW*, nº9, 2012, pp. 797-807.

<sup>60</sup> A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Vol.I, op.cit.*, pp. 131-133 y pp 348-350; *id.*, “Competencia judicial internacional y competencia desleal transfronteriza a la luz del caso REPSOL v. YPF”, *Rivista internazionale de Diritto internazionale e procesale*, nº1, vol. 4, 2014, pp. 4-30; P. MANKOWSKI, “Special Jurisdiction”, en U. MAGNUS & P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, 2007, pp. 211-217, esp. p. 212; R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en HILTY/ HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp. 13-14; R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal. El retorno del Imperialismo jurisdiccional”, *AEDIPr*, t. XII, (2014), pp. 1001-1009; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial...*, *op.cit.*, de forma diferente pero un supuesto de competencia desleal transfronteriza relevante en la jurisprudencia española, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1, de Madrid nº23/2013, de 5 de julio de 2013 (ECLI:ES:JMM:2013:23:A) (asunto Repsol vs. IRF Argentina); P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. Derecho del comercio internacional. Competencia desleal. Propiedades inmateriales. Delimitación competencia desleal/propiedades inmateriales. Protección del Derecho unionista. Aplicación de la ley de

competencia desleal y aplicación privada del Derecho *antitrust*, suelen ser los efectos económicos perjudiciales para el mercado, los competidores y / o los consumidores, dependiendo del ilícito concurrencial desleal que se dilucide en sede judicial.

40. De otra parte, en el apartado anterior se hace referencia a que la AP de Zaragoza<sup>61</sup>, en el AAP de Zaragoza (2020) no queda bien delimitada ni la competencia judicial internacional ni la competencia territorial según el FD 1º. Llegando al FD 3º del AAP en donde se lee que el Reglamento Bruselas I *bis* reenvía a las normas procesales de competencia territorial en su artículo 6, pero no a las de competencia judicial internacional si el demandado no se encuentra domiciliado en un Estado miembro<sup>62</sup>. En este particular, cabe recordar que el artículo 6 se remite a las normas procesales incluyendo las de competencia judicial internacional si las hubiere en ese ordenamiento jurídico del Estado miembro, en cuestión. No únicamente a las normas de corte territorial, sino a la *lex fori* en su conjunto. Cumpliendo ambas normas a nivel de Derecho procesal civil internacional diferente función, en los ordenamientos jurídicos que, como el español, cuentan con ambas<sup>63</sup>. De hecho, es necesario también que los tribunales, contando con normas de competencia judicial internacional califiquen antes de aplicar las normas de corte territorial, la obligación que sirve de base a la demanda desde este nivel<sup>64</sup>.

41. Con la lógica que el Derecho procesal civil internacional español es un sistema dualista. A diferencia de aquellos sistemas como el alemán, que son monistas, en los que los foros de competencia territorial sí pueden hacer la función de atribuir la competencia judicial internacional a la vez que la competencia territorial, en defecto de normas de competencia judicial internacional concretas.

En el ordenamiento jurídico español, en el caso que las normas de competencia judicial internacional no alcancen a cubrir los supuestos transfronterizos, podrían usarse la norma de competencia territorial específicas. Sin embargo, en supuestos de competencia desleal, se observa que no sería necesario acudir a esta técnica acogida por la tesis alemana, en cuanto el foro de la competencia territorial es bastante prolijo en criterios de conexión<sup>65</sup>. Ahora bien, es cierto que a veces si los tribunales no tienen atribuida la competencia judicial internacional por la misma norma, no significa que la norma de competencia territorial no les otorgue competencia (al menos, en este nivel). Siendo al revés más difícil en sistemas dualistas<sup>66</sup>.

## IV. Conclusiones

42. **Primera: Sobre el alcance de las cláusulas de sumisión expresa a los actos de competencia desleal.**- Las cláusulas de sumisión expresa basadas en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y en el ejercicio de esta autonomía de la voluntad, aún con los límites que conlleva en el respeto del orden público, pueden alcanzar en su redacción el conocimiento de los actos o prácticas comerciales

---

competencia desleal: Mercado español afectado. Legitimación activa: Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (sección 14ª) de 3 de septiembre de 2003”, *REDI*, vol. 56, nº1, 2004, pp. 408-417.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> FD 3º *in fine*: “Por tanto, tratándose de personas domiciliadas fuera del ámbito comunitario, la norma reenvía al derecho interno, o sea, el artículo 52.º.12 LEC o el tratado correspondiente” (*sic.*); por todos, R. ARENAS GARCÍA, “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)”, *AEDIPr*, t. I, (2001), pp. 155-199

<sup>63</sup> No siendo la primera vez que sucede, justificar o no (como en este caso) la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en base a la norma de competencia territorial o incluso en base al criterio establecido en la norma de conflicto para los asuntos de competencia desleal transfronteriza, A. FONT SEGURA, “Infructuoso intento de justificar la competencia y la jurisdicción española con base en el art. 4 de la Ley de competencia desleal”, *AEDIPr*, t. V., 2005, pp. 676-680.

<sup>64</sup> A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional ...*, vol. I., esp. pp. 170-171. Y no en base a las pretensiones de las partes.

<sup>65</sup> *Ibid.*, (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ), p. 349; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional ...*, *op.cit.*, p. 104. Los principios que informan los foros de competencia judicial internacional nada tienen que ver con los criterios que informan la competencia territorial.

<sup>66</sup> R. ARENAS GARCÍA, “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en ...”, *loc.cit.*

desleales bien sean nacidas de “deberes” de tipo contractual (relaciones comerciales) u obligaciones de tipo extracontractual que han surgido como consecuencia de las anteriores.

43. Dependerá de la redacción y el acuerdo entre las partes, atendiendo a la autonomía que tienen frente al resto de cláusulas contractuales. Con ello, estas cláusulas pueden subsistir por el principio de separabilidad a la misma nulidad del contrato. Debiendo ser el tribunal que tiene competencia judicial internacional atribuida por la cláusula, el que valore si la misma debe subsistir y a la luz del artículo 25 Reglamento Bruselas I *bis* (que era en este supuesto de hecho, el foro adecuado para analizar la validez y alcance de la cláusula en el caso de Autos).

44. Si la cláusula resulta ser válida incluso después de resuelto el contrato en donde está incluida, y en la misma se somete todo litigio o controversia a los tribunales de un Estado (sin especificar la naturaleza del mismo), al no activar el foro especial de la responsabilidad extracontractual que es el que de forma clásica se activa para los supuestos de competencia desleal transfronteriza por sus características. Sería desplazado por la autonomía de la voluntad de las partes. En este foro de la sumisión expresa, el criterio del mercado afectado y / o el de los efectos no opera para determinar el alcance de los daños en el presunto mercado afectado, siendo el criterio de conexión que se usa para el foro especial por razón de la materia de la responsabilidad extracontractual. Ni siquiera se aplica para el otro foro alternativo a este, el foro general del domicilio del demandado.

45. Quizás, una solución para evitar problemas de determinación de la competencia judicial y la competencia territorial en estos casos, podría ser incluir en la redacción de la cláusula de sumisión expresa una referencia a la competencia territorial, aparte de la competencia judicial internacional, que incluya aspectos relativos a los mercados que podrían verse afectados por determinados actos surgidos o en relación con las relaciones de tipo comercial entre las partes en redes de distribución, y análogas.

46. **Segunda: Sobre el ámbito material de la Convención de la Haya de 2005 y la competencia desleal.**- La Convención de la Haya de 2005 en el caso de haberse podido aplicar, si incluye en su ámbito material los actos y prácticas comerciales desleales, para que los tribunales de los Estados en los que están en vigor la Convención, analicen la validez y el alcance de las cláusulas de sumisión expresa.

47. En este caso, podrían haber conocido los tribunales de Zaragoza, siempre y cuando también la redacción de la cláusula hubiera sido tan amplia para entender estos actos incluidos (que aparentemente lo era).

Si hubiese existido un pacto de no competencia post contractual entre las partes (que se desconoce) y se hubiese delimitado que lo que realmente se demandaba era una infracción al Derecho de la libre competencia, pero nacida de la relación contractual, también se hubiese entendido incluida dicha infracción en el alcance de dicha cláusula y de la Convención de la Haya de 2005. A la vista que para estos supuestos nos encontraríamos ante infracciones del Derecho de la competencia que nacen de determinado tipo de obligaciones/relaciones contractuales que afectan a derechos de exclusiva. No de infracciones directas a las normas del Derecho de la libre competencia o *antitrust*.

48. **Tercera: Sobre la norma de competencia judicial y la norma especial de competencia territorial para litigios de competencia desleal transfronteriza.**- El sistema procesal civil internacional español en es un sistema dualista. Esto explica que para poder determinar cada una de estas competencias deba acudir a las diferentes normas establecidas para cada uno de estos niveles procesales. En particular, en materias como la competencia desleal que tienen criterios de conexión claros reconocidos en ambos niveles procesales. Y para calificar de forma previa la obligación que sirve de base a la demanda primero mediante los foros de competencia judicial internacional.

49. La aplicación del foro del artículo 22 *quinquies* b de la LOPJ se activa si el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro. Con independencia de la solución que ofrece el artículo

52.1.12<sup>a</sup> de la LEC que es una norma de competencia territorial que, los tribunales españoles deberán usar para delimitar dicha competencia una vez entendida que sí tienen atribuida la competencia judicial internacional ora sea por el Reglamento Bruselas I *bis*, u otros Convenios internacionales en la materia o el foro de la obligación de tipo extracontractual de la LOPJ. En defecto que no operen otros foros, como el de la sumisión expresa.

**50.** El criterio de los *efectos* sólo establecido de forma explícita en el foro de competencia territorial, debe ser entendido como el criterio del mercado afectado que incluye en si mismo este criterio de los efectos, cuando previamente se haya aplicado el foro adecuado de competencia judicial internacional a los asuntos de competencia desleal transfronteriza si son calificados en este nivel procesal como una obligación extracontractual: el artículo 22 *quinquies* b de la LOPJ.

Hasta que no se produzca un cambio legislativo en la redacción de la norma de competencia judicial internacional de las obligaciones de tipo extracontractual del sistema procesal civil internacional español, se debe entender que tanto el lugar del hecho dañoso como el lugar donde se ha cometido o comenzó el hecho dañoso, es el mercado español. Sólo el mercado español. *Primero:* según la estructura de norma atributiva de la competencia judicial internacional que tiene la española, a diferencia de la norma del legislador europeo y el internacional en Convenios internacionales de competencia judicial internacional. *Segundo:* a falta de no tener tampoco una jurisprudencia consolidada sobre la debida interpretación del artículo 22 *quinquies* b de la LOPJ en litigios de competencia desleal transfronteriza, que alcance también el lugar desde donde se cometió o empezó el hecho dañoso (*forum delicti commissi*) se propone una interpretación extensiva de su letra (pero sólo desde el parecer de estas líneas). Entendiendo también que el mercado de ataque debe ser el español, dado que dado que del lado contrario no tendrían competencia judicial internacional los tribunales españoles.

**51.** Para finalizar, aunque los efectos se hubieran desplegado en el mercado norteamericano, cabe presumir que podrían haberse comenzado en el mercado español, o incluso haber desplegado efectos también en el mercado español, siendo ambos mercados los afectados-lugares del daño, directo y sustancial. En este supuesto, los tribunales de Zaragoza si hubiesen tenido competencia judicial internacional atribuida por el foro de la responsabilidad extracontractual de la LOPJ, y el de competencia territorial, para conocer de estos presuntos actos de competencia desleal, en base a este análisis realizado.

LA APLICACIÓN DEL RBII BIS EN MATERIA  
DE RESPONSABILIDAD PARENTAL POR LOS TRIBUNALES  
ESPAÑÓLES: COMENTARIO CRÍTICO AL AAP BARCELONA  
DE 23 DE JULIO DE 2020\*

THE APPLICATION OF THE RBII BIS IN THE AREA  
OF PARENTAL RESPONSIBILITY BY THE SPANISH COURTS:  
CRITICAL COMMENTARY ON THE AAP BARCELONA  
OF 23 JULY 2020

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora (Universidad San Jorge)*  
*Magistrado Suplente*

Recibido: 15.06.2021 // Aceptado: 14.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6306>

**Resumen:** El presente trabajo analizará algunos de los inconvenientes con los que se encuentran los tribunales españoles cuando se presenta ante ellos un litigio en materia de responsabilidad parental con elementos transfronterizos, para cuya solución deberán de aplicarse las soluciones que establece el RBII bis. A tal fin, se llevará a cabo un comentario crítico del AAP Barcelona de 23 de julio de 2020, en el cual se plantean cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, la litispendencia internacional y la eficacia en España de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro en relación con la guarda, custodia, derecho de visitas y alimentos de un menor de edad.

**Palabras clave:** responsabilidad parental, alimentos, litispendencia, competencia judicial internacional.

**Abstract:** This paper will analyze some of the disadvantages encountered by the Spanish courts when a parental responsibility dispute with cross-border elements is brought before them, for the solution of which the solutions established by the RBII bis must be applied. To this end, a critical commentary will be made on the AAP Barcelona of 23 July 2020, in which questions of international jurisdiction are raised, international lis pendens and the effectiveness in Spain of judgments given by the courts of a Member State in relation to the custody, visiting rights and maintenance of a minor.

**Keywords:** parental responsibility, maintenance, lis pendens, international jurisdiction.

**Sumario:** Breve introducción general. II. El AAP Barcelona 23 de julio 2020: Cuestiones litigiosas. 1. Antecedentes: El Auto de 16 de septiembre de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº14 de Barcelona. 2. La resolución del Tribunal “ad quem”. III. Normativa aplicable al caso estudiado. 1. Competencia judicial internacional. 2. Supuestos de litispendencia internacional. 3. Eficacia en España de resoluciones extranjeras en las materias analizadas: Instrumentos legales aplicables. IV. Análisis del fallo del AAP Barcelona 23 julio 2020. V. Reflexiones finales.

---

\* 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.

## I. Breve introducción general

1. La globalización, el progreso tecnológico y los movimientos migratorios han favorecido un incremento de las situaciones privadas transfronterizas, provocando una internacionalización de las relaciones familiares y en consecuencia, también un aumento de los litigios en asuntos de familia, tales como los relativos a la responsabilidad parental, derechos de visitas y alimentos, respecto de los hijos menores de edad.

2. Sobre este particular, es fácil suponer que la presencia de un elemento extranjero en este tipo de demandas añade un plus de complejidad, en tanto que sujetan la situación a sistemas jurídicos de distintos países, planteando lo que se denomina conflictos de jurisdicción, cuya resolución se dificulta todavía más cuando existen varias demandas pendientes ante Tribunales de diferentes Estados. Se plantea, por tanto, la necesidad de dirimir cuál de estos Tribunales resultan competentes para conocer de la controversia.

3. Las dificultades también se hacen notar cuando existe una resolución dictada por órganos jurisdiccionales extranjeros, en tanto que resulta necesario su previo reconocimiento en España para que surta efectos en nuestro país.

4. El presente trabajo analizará algunos de los inconvenientes con los que se encuentran los tribunales españoles cuando se presenta ante ellos un litigio en materia de responsabilidad parental con elementos transfronterizos, para cuya solución deberán de aplicarse las soluciones que establece el RBII bis<sup>1</sup>. A tal fin, se llevará a cabo un comentario crítico del AAP Barcelona de 23 de julio de 2020, en el cual se plantean cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, la litispendencia internacional y la eficacia en España de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro en relación con la guarda, custodia, derecho de visitas y alimentos de un menor de edad.

## II. El AAP Barcelona 23 de julio 2020<sup>2</sup>: Cuestiones litigiosas

5. Con carácter previo parece oportuno exponer los extremos más relevantes del litigio. A tal fin, se dividirá el presente apartado en dos epígrafes diferentes, en los cuales se distinguirán las cuestiones resueltas en primera instancia de las analizadas vía recurso de apelación. En síntesis, la controversia se centra en resolver si los Tribunales españoles disponen de competencia judicial internacional para el enjuiciamiento de caso, así como si debe admitirse la existencia de litispendencia internacional y el valor que ha de otorgarse a una resolución dictada por los Tribunales franceses, cuya vigencia ha sido reconocida por la propia Audiencia Provincial con anterioridad.

### 1. Antecedentes: El Auto de 16 de septiembre de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº14 de Barcelona.

6. El asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona trae causa de la reclamación de guarda, custodia y alimentos en relación con hijos menores no matrimoniales, no consensuados, formulada ante los Juzgados de Primera Instancia de la mencionada ciudad por la madre de una niña menor de edad. De los antecedentes se desprende que anteriormente, tanto la madre como la hija residían en Francia, si bien, en el momento de interposición de la demanda, la menor se había trasladado a España, conviviendo con su progenitora en el domicilio de ésta. En la demanda, la madre interesa los siguientes extremos:

<sup>1</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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 («DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

<sup>2</sup> AAP Barcelona núm. 6369/2020, 23 julio (ECLI:ES:APB:2020:6369<sup>a</sup>).

- 1º) Que la patria potestad de los progenitores sea compartida.
- 2º) Que le sea atribuida a la madre la guarda de la menor.
- 3º) Que se fije un régimen de visitas a favor del padre.
- 4º) Que se establezca el domicilio de la menor en el de la madre.
- 5º) Y que se imponga al padre una pensión alimenticia para la hija de 650 euros mensuales y el abono de la totalidad de los gastos extraordinarios de la menor.

7. Por su parte, el padre de la menor planteó declinatoria ante los Tribunales españoles, con fundamento en los arts. 39 y 63 y 64 de la LEC<sup>3</sup>, solicitando se dictase auto por el cual el Juzgado de Primera Instancia se abstuviera de conocer del asunto y en consecuencia, declarase el sobreseimiento del procedimiento principal y de medidas provisionales por falta de competencia judicial internacional. Todo ello, por entender que, en aplicación del art.8 RBII bis, dicha competencia debería de recaer en los tribunales franceses, correspondientes a la residencia habitual de la hija común de los litigantes.

8. El Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria por falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, al mismo tiempo que acordó la suspensión del curso del proceso, sobre la base del art.39 LCJIMC<sup>4</sup>. A este respecto, explica el Juzgador “a quo”, que existe una resolución anterior, de fecha 9 de abril de 2019, dictada por un Juzgado de Primera Instancia, en la que dicho órgano jurisdiccional se declara competente para enjuiciar la demanda sobre la guarda de la menor y que, además, existe otra resolución de un Juzgado español que se declaró incompetente internacionalmente en favor de los Tribunales franceses, con la finalidad de evitar resoluciones contradictorias.

## 2. La resolución del Tribunal “ad quem”

9. La Audiencia Provincial de Barcelona resuelve el recurso de apelación interpuesto por la madre de la menor contra la resolución decretada en Primera Instancia, cuyos fundamentos se acaban de explicar.

10. EL Tribunal “ad quem” pone en evidencia que esa misma Sala dictó con anterioridad, en fecha 13 de marzo de 2020, un auto resolviendo un recurso de apelación precedente, en el que, entre otros pronunciamientos, reconoció la plena vigencia en España de una resolución dictada por el Tribunal de Apelación de Montpellier en fecha 17 de enero de 2020. La resolución francesa declaró atribuir conjuntamente el ejercicio de la patria potestad sobre la menor a ambos progenitores, fijando el lugar de residencia de la niña en el domicilio de la madre y estableciendo un régimen de visitas en favor del padre.

11. La Audiencia Provincial comienza diferenciando aquellos supuestos meramente internos de los que presentan un elemento internacional. Así, la Sala destaca que cuando las partes son nacionales y residen en España, especialmente los menores, las normas de competencia están sujetas a la normativa procesal española, que el Tribunal identifica con las que se contemplan en la LOPJ<sup>5</sup> y en la LEC). Mientras que, si existe un elemento internacional en la situación, la Audiencia Provincial remite de forma directa o indirecta, a la LCJIMC o a los convenios internacionales y más en concreto, en el caso que nos ocupa, a la normativa de la Unión Europea, que la Sala considera prevalente.

12. Por consiguiente, el Tribunal “ad quem” acude a los arts. 8 y ss del RBII bis para determinar la competencia judicial internacional en el supuesto examinado y específicamente al art.8.1, que, en materia de responsabilidad parental, otorga competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta el asunto ante dicho órgano jurisdiccional. Asimismo, explica la Audiencia Provincial, que de producirse un cambio en la residencia habitual del

<sup>3</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08/01/2000).

<sup>4</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil («BOE» núm. 182, de 31/07/2015).

<sup>5</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 157, de 02/07/1985).

menor, serán los juzgados de esta nueva residencia los competentes, con la única excepción que recoge el art. 9 del mismo Reglamento, que prevé una prórroga de tres meses de los juzgados de la anterior residencia del menor, pese al cambio de residencia, si bien sólo para peticiones relativas al derecho de visita.

13. En el momento de resolver, el Tribunal “ad quem” toma en consideración los siguientes datos, para concluir que la competencia judicial internacional corresponde a los tribunales de la residencia actual de la niña, es decir, los españoles:

- 1º) La controversia no se centra en la modificación del derecho de visitas, sino en el ejercicio de la responsabilidad parental.
- 2º) El traslado de la niña a nuestro país se produjo legalmente y con anterioridad a que por otro órgano jurisdiccional, francés o español, se hubiese dictado resolución alguna atribuyendo la guarda de la menor a alguno de sus progenitores o que prohibiera la salida de la misma de Francia.

14. En cuanto a la decisión dictada por el Tribunal de apelación de Montpellier, independiente o no de que sea definitiva, la Audiencia entiende que la misma no resuelve la totalidad de las medidas solicitadas por la madre en la demanda que da origen al procedimiento enjuiciado y en consecuencia, han de ser objeto de pronunciamiento por el Juzgado de Primera Instancia, una vez que se ha declarado su competencia judicial internacional para el conocimiento del litigio.

### III. Normativa aplicable al caso estudiado

15. En primer lugar, para determinar los instrumentos legales que resultan aplicables a la resolución del litigio hay que atender a las pretensiones de las partes, con objeto de verificar si la categoría jurídica implícita en las mismas puede subsumirse en el ámbito de aplicación material de la normativa que seguidamente se estudiará. Así, en primer lugar, hay que diferenciar, por un lado, el régimen de la patria potestad, la atribución de la guarda de la menor, el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre y el pronunciamiento relativo al domicilio de la menor; y por otro, la pensión de alimentos que solicita la madre para la niña.

16. En este sentido, hay que puntualizar que el primer bloque de cuestiones señaladas- patria potestad, derechos de guarda y custodia, así como de visita<sup>6</sup> y establecimiento de domicilio de la menor, conforman el concepto más amplio de responsabilidad parental<sup>7</sup>. Así se desprende de la normativa más relevante de Derecho Internacional privado en materia de protección de menores, es decir, tanto del art.1.2 y el art.2.7 RBII bis<sup>8</sup> en relación con los apartados 9 y 10 del citado precepto, como el art.1.2 CH 1996<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Sobre este particular, véase STJUE 31 mayo 2018, (C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359).

<sup>7</sup> Tras la reforma efectuada 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, 29 julio 2015), se ha incorporado el término responsabilidad parental a nuestra normativa de producción interna. Sirvan de ejemplo los arts.9.4, y 154 Cc, entre otros. Está claro, por tanto, que el concepto de responsabilidad parental incluye la patria potestad tal como se concibe en el Derecho Civil español. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Décimotercera edición, 2018, Granada, Comares, 2018, p.455.

<sup>8</sup> En virtud del 2.7 RBII bis, el concepto de responsabilidad parental abarca “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. Además, el citado precepto, en sus apartados 9 y 10, remarca que dentro del término responsabilidad parental se incluyen, particularmente, los derechos de custodia y visita. El TJUE ha venido interpretando el concepto de responsabilidad parental de manera amplia, señalando que la lista de materias que enumera el art.2.1 RBI II bis no es exhaustiva, sino “meramente indicativa”, como se deduce del uso de la expresión “en particular”. En este sentido, pueden consultarse las siguientes resoluciones del TJUE: STJUE (Gran Sala) 27 de noviembre 2007 (C435/06, ECLI: EU:C:2007), STJUE (Sala Segunda) 26 abril 2012 (C92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255), STJUE (Sala Cuarta) 21 octubre 2015 (C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710) Y STJUE 31 mayo 2018 (C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359).

<sup>9</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, 2

16. No obstante lo dicho, la solicitud de pensión de alimentos no tendría cabida dentro del concepto de responsabilidad parental, habida cuenta que tanto el art.1.3.c) RBII bis como el art.4.e) CH 1996 excluyen de su ámbito de aplicación a las obligaciones de alimentos. Luego, en el caso que nos ocupa, la reclamación de alimentos estaría amparada por lo dispuesto en 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.

## 1. Competencia judicial internacional

16. En segundo término, por lo que respecta a la determinación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental parece oportuno comenzar precisando el orden de prevalencia de los diferentes textos normativos en vigor en nuestro país, que son los siguientes: RBII bis, CH 1996 y el art.22 *quáter* LOPJ. En este punto, hay que atender a los siguientes criterios para determinar cuál de estos textos legales resulta aplicable, tomando en consideración el lugar de residencia habitual del menor<sup>10</sup>:

- a) Si el menor reside habitualmente en un Estado miembro del RBII bis se aplicará este Reglamento con preferencia al CH 1996 (art.61 RBII bis) y al art.22 *quáter* LOPJ. El RBII bis no discierne si la minoría de edad ha de fijarse en una determinada edad, como pudieran ser los dieciocho años de edad. Por este motivo, cabe concluir que, a los efectos del RBII bis, la mayoría de edad vendrá determinada conforme a la ley personal del sujeto, que en España se fija de acuerdo con el art.9.1 Cc.
- b) El CH 1996 operará cuando el menor no resida habitualmente en un Estado miembro, pero haya fijado su residencia habitual en un Estado parte del CH 1996. El art. 2 del Convenio indica que el mismo se aplica a los niños desde su nacimiento y hasta alcanzar la edad de dieciocho años. La competencia internacional se establecerá también a través del CH 1996 en el supuesto de que el menor no resida habitualmente ni en un Estado miembro del RBII bis ni en un Estado parte del CH 1996. Sin embargo, aquí hay que tener en cuenta que el art.12.4 RBII bis permite aplicar este foro a un menor con residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del CH 1996, en beneficio del menor y particularmente, cuando no resulte posible incoar un procedimiento en el tercer Estado en cuestión.
- c) Con carácter residual, cuando no entren en juego ni el RBII bis ni el CH 1996, podrá aplicarse el art.22 *quáter* LOPJ. Es decir, si se trata de un mayor de dieciocho años (art.2 CH 1996), pero, menor de edad conforme a su ley personal (art.9.1 Cc), y que no reside en un Estado miembro.
- d) Junto a ello, tampoco hay que olvidar que pudiera darse el caso de que resultase aplicable el RBII bis y sin embargo, del mismo no fuese posible deducir la competencia judicial internacional de ninguna autoridad de ningún Estado miembro, en cuyo caso, correspondería acudir al CH 1996. Sólo en el supuesto de que no pudiera determinarse la competencia con arreglo al Convenio, entraría en juego el art.22 *quáter* LOPJ (art.14 RBII bis), de tal manera que si dicho artículo no atribuyese competencia a las autoridades y tribunales españoles, estos deberían declararse de oficio incompetentes internacionalmente<sup>11</sup>.

---

diciembre 2010). El art. 1.2 CH 1996 establece que la noción de responsabilidad parental comprende “la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”. Igualmente, el art. 3, entre las medidas cubiertas por el Convenio, contempla “la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación”, el derecho de guarda, así como el derecho de visita, introduciendo “el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”.

<sup>10</sup> A este respecto, se ha tenido en cuenta lo dispuesto en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, p.390.

<sup>11</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p. 432.

17. Por lo que respecta al presente trabajo, interesa poner de manifiesto que el Reglamento establece como regla general, en su art.8<sup>12</sup>, que, en materia de responsabilidad parental, son competentes internacionalmente los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento de presentación del asunto ante dichas autoridades<sup>13</sup>. Ello, con las excepciones de los arts.9 y 10 del propio Reglamento, en las cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual anterior mantienen su competencia<sup>14</sup>.

18. En este punto, hay que observar que el RBII bis no contempla una definición de “residencia habitual”<sup>15</sup>. Sin embargo, esta laguna<sup>16</sup> ha sido integrada por el TJUE, que ha dejado bien sentado que, a los efectos de la aplicación del art.8 RBII bis y siguiendo la idea proveniente de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la residencia habitual se corresponde con el “lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”. Ello, habida cuenta que del término habitual se desprende “cierta regularidad o estabilidad en la residencia”.

19. El TJUE también ha establecido una serie de circunstancias que habrán de tenerse presentes por el órgano jurisdiccional nacional a la hora de fijar cual es el lugar de la residencia habitual de un menor. Resumiendo dichos parámetros, de la doctrina del TJUE se colige que, si bien se requiere la presencia física del menor en un Estado miembro, no se trata de una presencia ocasional o temporal, debiendo hacer hincapié, entre otros extremos, en “las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad”.

20. Asimismo, el TJUE ha tenido en cuenta factores tales como “la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y en su caso, del traslado de la madre a este último Estado. Igualmente, se han recogido otros elementos como “la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, junto con las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro”<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Para mayor información sobre el tema, consúltese J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp.306-323, 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 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 870-876, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 462-471 y L.A. PÉREZ MARÍN, “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127.

<sup>13</sup> Este artículo hay que ponerlo en relación con el art.16 RBII bis, de tal modo que, conforme a la doctrina del TJUE el “momento en que se [presenta ante un órgano jurisdiccional] el escrito de demanda o documento equivalente», con arreglo a dicha disposición, es el momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate, aun cuando esa presentación no inicie por sí misma, de manera inmediata, el procedimiento según el Derecho nacional”. Vid., ATJUE 22 de junio 2016 (C-173/16, ECLI:EU:C:2016:542).

<sup>14</sup> Es decir, en los supuestos de cambio de residencia legal de un Estado miembro a otro, el Estado miembro de la residencia precedente del menor conservará su competencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que hubiera cambiado de residencia, con las condiciones del art.9 RBII bis; y cuando se haya producido una sustracción internacional de menores entre Estados miembros (art.10 RBIIbis).

<sup>15</sup> La realidad es que este vacío legal está siendo integrado por la jurisprudencia de distintos órganos jurisdiccionales, particularmente, cuando han de resolver supuestos de sustracción internacional de menores. Así lo indica también, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.829.

<sup>16</sup> A este respecto, considera CARRASCOSA GONZÁLEZ que, además de una laguna, es posible concluir que el legislador europeo podría haber incurrido en un error, en tanto que no ha sabido precisar el concepto legal de residencia habitual. El citado autor valora asimismo la posibilidad de que el legislador conscientemente no haya definido este concepto, dejando este extremo a un posterior desarrollo jurisprudencial. O lo que es lo mismo, con la intención de que sean los tribunales los que lo desarrollen, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual...cit”, p.315.

<sup>17</sup> Vid., ente otras resoluciones, STJUE (Sala Primera) 22 diciembre 2010 (C- 497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829), STJUE

**21.** De la misma manera, el TJUE ha matizado que la voluntad de uno de los progenitores de convivir con el menor en el Estado miembro del que es nacional dicho progenitor no puede resultar decisiva a la hora de precisar donde se sitúa la residencia habitual del menor en el momento de presentación de la demanda. Más aún, cuando la titularidad de la guardia y custodia del menor la ostentan ambos progenitores, supuesto en el cual debe valorarse la intención de éstos por separado<sup>18</sup>.

**22.** Corresponde ahora dilucidar cómo se determina la competencia en materia de alimentos y si existe la posibilidad de prorrogar la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales que resuelvan las pretensiones relativas a las cuestiones propias de la responsabilidad parental, con arreglo a los foros previstos en el RBII bis. A tal fin, habrá que acudir al 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<sup>19</sup>. Según dicho Reglamento, entran dentro de su ámbito de aplicación las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (art.1.1). El concepto de alimentos comprende todas aquellas prestaciones establecidas por la Ley para aliviar las necesidades económicas de determinadas personas y que, a su vez, se prevén a cargo de ciertos parientes o personas que poseen de mayores recursos económicos<sup>20</sup>.

**23.** Por lo que respecta a los foros de competencia judicial internacional previstos en el R.4/2009, resulta prevalente el de la sumisión expresa o tácita (arts.4 y 5), estableciendo asimismo una serie de foros subsidiarios y alternativos entre sí, para el caso de que las partes no hubieran elegido el tribunal competente<sup>21</sup>:

- 1º) Residencia habitual del demandado en un Estado miembro (art.3.a).
- 2º) Residencia habitual del acreedor de alimentos en un Estado miembro (art.3.b).
- 3º) Foro de la competencia de la acción de estado de la persona (art.3.c).
- 4º) Foro de la competencia de la acción relativa a la responsabilidad parental (art.3.d), que resulta relevante a los efectos del presente trabajo y que otorga competencia judicial internacional al concreto órgano jurisdiccional de un Estado miembro que disponga de competencia conforme a la ley del foro para el enjuiciamiento de una acción relativa a la responsabilidad parental, si la demanda de alimentos es accesoria de dicha acción. Ello, con una salvedad, que la competencia se fundamente únicamente en la nacionalidad de una de las partes<sup>22</sup>.

**24.** Además, el Reglamento prevé en su art. 6 un foro de competencia subsidiaria en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan su nacionalidad común, cuando ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro resulte competente con arreglo a los arts. 3, 4 y 5 y además, tampoco pueda atribuirse competencia a ningún órgano jurisdiccional de un Estado parte en el Convenio de Lugano II<sup>23</sup>. También incorpora un foro de necesidad en el art.7.

---

(Sala Primera) 15 de febrero 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118), ATJUE (Sala Primera) de 10 abril 2018 (C-85/18, PPU – CV, ECLI:EU:C:2018:220) y STJUE (Sala Primera) de 17 octubre 2018 (C393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:8359).

Por lo demás, la “residencia habitual” es un concepto “ficticio” o “de hecho”, tal y como dispone la STJUE (Sala Quinta) 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436).

<sup>18</sup> Véase la STJUE (Sala Quinta) 28 de junio 2018 (C512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

<sup>19</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» núm. 7, de 10 de enero de 2009).

<sup>20</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XVI: Alimentos”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, p.369.

<sup>21</sup> Consúltese de nuevo, Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XVI: Alimentos”, cit., p.371.

<sup>22</sup> A este respecto, Vid. STJUE 12 Noviembre 2014 (C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364) y ATJUE 10 Abril 2018 (C-85/2018 PPU, no publicado).

<sup>23</sup> Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («DOUE» núm. 339, de 21 de diciembre de 2007).

25. Todo ello, sin olvidar que el Convenio de Lugano II dispone de un foro especial en materia de alimentos en el art.5.2 y que por lo que respecta a la norma de producción interna, el art.22 *quáter* f) LOPJ, hay que indicar que la misma resulta inoperante.

## 2. Supuestos de litispendencia internacional

26. Puesto que el Auto de la AP de Barcelona hace referencia, aunque sea de soslayo, a la posible presencia de un caso de litispendencia internacional, muy brevemente, se realizarán algunas precisiones sobre esta materia, si bien, sin ánimo de resultar exhaustivos.

27. En el ámbito del RBII bis y en lo que se refiere a la responsabilidad parental, se contempla una regla específica en el art.19 de dicho Reglamento sobre litispendencia europea- la regla *prior tempore*-en cuya virtud, “cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”. Continúa el mencionado precepto indicando que “cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél”, en cuyo caso, “la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero”<sup>24</sup>.

28. A los efectos de tener iniciado el procedimiento, habrá que acudir a lo dispuesto en el art.16.1, conforme al cual se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional “desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado”. O bien, “si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional”<sup>25</sup>.

29. Por su parte, el R. 4/2009 también regula la litispendencia internacional en idéntico sentido en materia de obligaciones alimentarias.

30. Por último, debe indicarse que la LCJIMC recoge la litispendencia internacional en el art.39, si bien, únicamente entrará en juego en defecto de norma de la Unión de la Unión Europea o tratado

---

<sup>24</sup> En este punto, se ha argüido que la solución del art.19 RBII bis impulsa “una carrera hacia los Tribunales”, en tanto que favorece el apresuramiento en la interposición de la demanda, al establecer que será el órgano ante el que se presentó la primera demanda el que, de resultar internacionalmente competente, resolverá la controversia. Ello, a juicio de esta corriente doctrinal, contraría las nuevas tendencias en el Derecho de familia, más proclives a que los cónyuges solventen sus controversias por la vía del acuerdo. Vid. 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*, 2011, pp.155-156.

Se ha observado igualmente que la razón de ser de las reglas relativas a la litispendencia en el ámbito de la Unión Europea, tratan de evitar los procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados Miembros, así como los conflictos entre las resoluciones judiciales que se pudieran citar entre ellos, todo esto, en aras de una buena administración de justicia en la Unión, tal como ha establecido el TJUE en numerosas Sentencias. En definitiva, lo que se pretende es impedir que se dicten resoluciones claudicantes. Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp.5-22.

<sup>25</sup> A este respecto, el TJUE indicó que el art.16.1 a) RBII bis no requiere en todo caso la concurrencia de estos dos requisitos, el acto inicial de presentación de la demanda o documento equivalente ante un órgano jurisdiccional y su notificación o traslado al demandado, en tanto que esta última exigencia puede modularse con una condición: que la ausencia de notificación o traslado de la demanda o documento equivalente no se deba a que el demandante haya dejado de tomar las medidas que le incumben a tal fin. Vid. ATJUE 16 julio 2015 (C-507/14, no publicado, EU:C:2015:512) y ATJUE 22 junio 2016 (C-173/16, ECLI:EU:C:2016:542).

internacional que regule la cuestión (art.2). Ténganse en cuenta aquí igualmente lo dispuesto en el art.22 nonies, según el cual “las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”.

### **3. Eficacia en España de resoluciones extranjeras en las materias analizadas: Instrumentos legales aplicables**

**31.** A la vista de que el AAP de Barcelona de 23 de julio de 2020 menciona la vigencia en España de una resolución dictada por los órganos jurisdiccionales franceses, parece oportuno detallar de forma concisa cuáles son los instrumentos legales aplicables en relación con la validez en nuestro país de resoluciones extranjeras sobre responsabilidad parental y alimentos.

**32.** En primer lugar, respecto de la responsabilidad parental, cuando se trate de resoluciones dictada por autoridades y tribunales de Estados miembros, con excepción de Dinamarca, habrá que acudir a los arts. 23-38 RBII bis.

**33.** En segundo término, también en relación con los litigios que tengan por objeto la responsabilidad parental y en aquellos supuestos que no quedan cubiertos por el RBII bis, es decir, cuando se trate de resoluciones de terceros Estado que sean parte del CH 1996, operarán los art.23 a 28 del citado Convenio. Ello, sin perjuicio de los Convenios bilaterales que, en su caso, pudieran resultar de aplicación.

**34.** Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea y en materia de alimentos, la cuestión tratada en el presente epígrafe se regula en los arts.16 a 38 R.4/2009.

**35.** En defecto de los anteriores textos legales, se aplicarán los arts.46-61 LCJIMC.

**36.** Dicho esto, lo determinante a los efectos del presente trabajo es que, en virtud del mecanismo del reconocimiento, la decisión extranjera surtirá efectos procesales en nuestro país, de tal manera que desarrollará los efectos de cosa juzgada material, el efecto constitutivo y el efecto de tipicidad<sup>26</sup>.

**37.** En particular, hay que precisar que el efecto de cosa juzgada material comporta que la resolución extranjera vincula a las autoridades y tribunales españoles como si se tratase de una decisión adoptada por los tribunales españoles (efecto positivo). Junto a ello, el efecto negativo de cosa juzgada material supone que no cabe formular ante las autoridades y órganos jurisdiccionales españolas el mismo asunto, ya resuelto por el tribunal o autoridad extranjera.

**38.** En cuanto al efecto constitutivo, significa que, obtenido el reconocimiento, la relación jurídica objeto de la resolución se considera existente en nuestro sistema jurídico.

**39.** Por último, el efecto de tipicidad hace referencia a si la decisión extranjera puede incardinarse en los conceptos que se contemplan en las normas españolas, como pudieran ser los de “sentencia firme” o “resolución judicial”.

### **IV. Análisis del fallo del AAP Barcelona 23 julio 2020**

**40.** Procede ahora examinar las cuestiones litigiosas a la luz de la normativa aplicable, con el fin de dilucidar si la actuación de la Audiencia Provincial de Barcelona es ajustada a Derecho.

---

<sup>26</sup> Sobre este particular, véase A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, pp.383-387.

**41.** Comenzando por la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cabe resaltar que, de los poco claros fundamentos del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, que no facilita todos los datos, se desprende que nos encontramos ante un supuesto en el cual se han formulado varias demandas en relación con un supuesto de responsabilidad parental entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. Si bien, los razonamientos del fallo no permiten establecer si el Juzgado “a quo” ha analizado si se cumplen dichos extremos o por el contrario, se trataría de demandas diferentes.

**42.** En este punto, hay que resaltar el absoluto desconocimiento que demuestra el Juzgado de Primera Instancia español del sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado vigente en nuestro país, toda vez que resuelve la cuestión con arreglo a lo dispuesto en el art.39 LCJIMC, estimando la declinatoria por falta de competencia internacional y suspendiendo el procedimiento al amparo del citado artículo. En efecto, como se ha puesto de relieve más arriba, el art.39 LCJIMC regula los supuestos de litispendencia internacional, si bien, solamente entrará en juego en defecto de norma internacional, de la Unión Europea o convencional que regule la cuestión. El Juzgado obvia, por tanto, que nos encontraríamos ante un caso de litispendencia europea, cuya solución dependerá de lo previsto en el art.19 del RBII bis, en relación con el art.16 del mismo texto legal, el cual prevalece sobre nuestra norma de producción interna. Ello, habida cuenta los elementos internacionales presentes en la situación, puesto que, al parecer, existía otra resolución previa de un órgano jurisdiccional francés, declarando su competencia judicial internacional para el enjuiciamiento del caso, lo que motivó que otro Juzgado español también se declarase incompetente en favor de aquél.

**43.** Entrando ya a valorar el Auto que resuelve el recurso de apelación, debe observarse que la Audiencia Provincial para determinar la competencia judicial de los Juzgados de Barcelona se remite a la LOPJ y a la LEC en aquellos supuestos en los que las partes son nacionales y residentes en España, incluidos los menores. En este punto, habrá que entender que, tratándose de situaciones meramente internas, la referencia a la LOPJ no lo es a las normas de competencia judicial internacional previstas en los arts 22 a 22 *nonies* LOPJ, sino a las reglas sobre competencia objetiva, funcional y territorial previstas en las leyes procesales españolas.

**44.** Respecto de las situaciones que presentan un elemento internacional, la Audiencia utiliza el término “punto de conexión”, propio de las normas de conflicto a través de las cuales se determina el derecho aplicable y que no resulta correcta cuando a lo que se está haciendo referencia es a los criterios de atribución de competencia judicial internacional. A este respecto, sí que lleva razón el Tribunal “ad quem” cuando otorga prevalencia a las normas de la Unión Europea y a los Convenios internacionales sobre la LCJIMC, extremo éste que, además, se contempla en el art.2 de la propia LCJIMC. Aquí, merece una valoración muy positiva la mención que hace la Audiencia al Derecho de la Unión Europea como un Derecho procesal diferenciado y a la consideración *del Juez español como Juez europeo, que aplica las normas procesales europeas con preferencia a las de producción interna*<sup>27</sup>.

**45.** Acertada es también la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de acudir al RBII bis a fin de determinar si los tribunales españoles resultan internacionalmente competentes para conocer de la demanda por la cual la recurrente solicita la patria potestad compartida por ambos progenitores, la guarda de la menor a favor de la madre, el establecimiento de un régimen de visitas respecto del padre, el establecimiento del domicilio de la niña en el de su madre y la pensión de alimentos y abono de gastos extraordinarios de la menor. Sin embargo, no puede considerarse correcto el argumento de que el Reglamento se aplica porque hay casos de Derecho Civil relativos a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o restricción de la responsabilidad parental, en los cuales se encuentra implicados varios países. Ello, por cuanto ya se ha visto que el Reglamento se aplica, no por el hecho de que la situación se encuentre vinculada con distintos países, cualquiera que estos sean, sino que opera cuando el menor

<sup>27</sup> Véase el comentario que hace J. CARRASCOSA GONZÁLEZ respecto del AAP Barcelona 22 mayo 2019, en el cual el Tribunal realiza una consideración similar. [http://www.accursio.com/private/uploads/Noticias\\_Accursio\\_2020\\_-\\_006\\_006\\_006.pdf](http://www.accursio.com/private/uploads/Noticias_Accursio_2020_-_006_006_006.pdf).

reside en un Estado miembro de la Unión Europea y en este caso, con preferencia a otros instrumentos internacionales, como el CHA 1996 y el art.22 *quáter* LOPJ.

**46.** Nada hay que objetar al análisis que lleva a cabo la Audiencia acerca de los arts. 8 y ss. RBII bis y en particular, por lo que respecta a los arts.8 y 9. Ciertamente, en materia de responsabilidad parental, tal como se ha expuesto más arriba, la competencia judicial internacional ha de recaer como regla general sobre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, conforme al art.8. Ello, dado que dichos tribunales se encuentran en mejor situación para conocer del litigio, atendiendo al principio del interés del menor y al principio de proximidad.

**47.** Por lo demás, como muy bien dice la Audiencia, el art.9 RBII bis, que opera como excepción a la regla general del art.8, no resulta de aplicación en el presente caso, dado que no se pretende la modificación de una resolución sobre los derechos de visitas dictada por los tribunales franceses, correspondientes a la residencia habitual anterior de la menor.

**48.** Al contrario que el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia no entra a dilucidar expresamente si se ha producido un supuesto de litispendencia internacional ni la normativa que regularía dicho problema. En este sentido, el Tribunal “ad quem” se limita a solventar la cuestión concluyendo que la competencia judicial internacional para entrar a conocer del litigio en cuestión corresponde a los Tribunales españoles, dado que la menor reside en España y estimando que, en el momento de interposición de la demanda, no se había dictado resolución alguna, ni por los órganos jurisdiccionales españoles ni por los franceses que atribuyese la guarda de la hija menor a cualquiera de sus progenitores o impidiese a la niña la salida del país vecino. A este respecto, hay que hacer notar que la Audiencia Provincial tampoco analiza los parámetros que acreditan que la residencia de la hija menor se sitúa en nuestro país y no en Francia.

**49.** Ahora bien, se olvida la Audiencia Provincial de que la demanda de la que trae causa el recurso de apelación examinado incluye asimismo una pretensión relativa a la pensión de alimentos que el padre debe pagar a la hija menor. Recuérdese aquí que las obligaciones sobre alimentos quedan excluidas del RBII bis (art.1.3.c) y que para determinar la competencia judicial internacional habría que acudir al R.4/2009, que, conforme al art.3.d), atribuye competencia judicial internacional al concreto órgano jurisdiccional de un Estado miembro que disponga de competencia conforme a la ley del foro para el enjuiciamiento de una acción relativa a la responsabilidad parental, si la demanda de alimentos es accesoria de dicha acción. Ello, con una salvedad, que la competencia se fundamente únicamente en la nacionalidad de una de las partes, lo que no acontece en el presente caso, en el cual se determina la competencia en función de la residencia habitual de la menor, conforme al foro del art.8 RBII bis.

**50.** Concluye la Audiencia Provincial examinando la eficacia que ha de otorgarse a la Sentencia del Tribunal de apelación de Montpellier, por la que se acuerda mantener a los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre la menor, fijar el domicilio de la niña en el de la madre y disponer un régimen de visitas respecto del padre. Recuérdese que en el Auto estudiado se dice que la propia Audiencia Provincial otorgó plena vigencia en España a la resolución francesa, de donde se deduce que fue objeto de reconocimiento en nuestro país.

**51.** Sobre este particular, hay que recordar que, tratándose de una decisión judicial dictada en materia de responsabilidad parental por los Tribunales de un Estado miembro, su reconocimiento debió llevarse a cabo por los cauces establecidos en el RBII bis. Del mismo modo, tampoco puede desconocerse que, como consecuencia de ello, la resolución francesa desplegará en España los efectos procesales de cosa juzgada material, constitutivos y de tipicidad. De ahí que la Audiencia recalque que las cuestiones atinentes a la menor que no fueron resueltas por la decisión dictada por los Tribunales franceses deberán ser objeto de enjuiciamiento por parte del Juzgado de Primera Instancia, una vez haya declarado

su competencia judicial internacional para conocer de la demanda objeto de las presentes actuaciones. Ello por cuanto, en particular, el efecto de cosa juzgada material impediría que los Tribunales españoles entrasen a conocer sobre aquellos extremos respecto de los cuales ya existen pronunciamientos expresos en la resolución francesa, y toda vez que, conforme a dicho efecto, la resolución francesa vincularía a los Tribunales españoles como si se tratase de una resolución española.

52. Por último, cabe indicar que el Tribunal “ad quem” no ha tenido en cuenta que, si el Juzgador de Primera Instancia no puede enjuiciar las peticiones de la demanda relativas a la responsabilidad parental, porque fueron todas ellas objeto de pronunciamiento por la decisión francesa, la única pretensión respecto de la cual podría entender sería la correspondiente a los alimentos. En consecuencia, la pretensión de alimentos ya no se encontraría vinculada con la demanda de responsabilidad parental y por consiguiente, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles no podría determinarse de acuerdo con el art. 3 d) R.4/2009. En este sentido, en defecto de sumisión expresa o tácita (arts.4 y 5), los tribunales españoles dispondrían de competencia judicial internacional en materia de alimentos, en virtud del art.3.b) R.4/2009, puesto que la residencia habitual del acreedor de alimentos, es decir, de la hija menor, se encuentra en nuestro país.

## V. Reflexiones finales

52. Como puede desprenderse tras analizar el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2020, la presencia de un elemento extranjero en procedimientos como el examinado plantea problemas desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. En especial, en el presente caso, por lo que respecta a la determinación de la competencia judicial internacional para el enjuiciamiento del litigio y para solventar otras cuestiones vinculadas con el supuesto en cuestión.

53. Estudiando los fundamentos de la citada resolución, resulta obvio que la existencia de una pluralidad de fuentes dificulta en gran medida la labor de todos los profesionales del Derecho, incluidos los Jueces y Magistrados. Por este motivo, es fundamental el buen manejo de las normas en orden a evitar planteamientos erróneos en la práctica profesional y en particular, por lo que respecta a nuestros Juzgados y Tribunales. A este respecto, se ha podido comprobar como los órganos jurisdiccionales españoles, en ocasiones, desconocen el sistema de fuentes propio del Derecho Internacional Privado, así como los instrumentos legales aplicables a las categorías jurídicas implícitas en la situación enjuiciada.

53. En este punto, cabe destacar la profusa labor del legislador de la Unión Europea, que se traduce en lo que se ha venido a denominar “comunitarización” o “europeización” del Derecho Internacional Privado, lo que requiere la continua intervención del TJUE, a fin de interpretar las normas con origen en el legislador de la Unión Europea<sup>28</sup>. Ello se ha dejado notar en el caso estudiado, para cuya resolución resultan aplicables las reglas del RBII bis y del R.4/2009, con arreglo al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre la normativa de producción interna.

54. En definitiva, dejando al margen los errores o imprecisiones de que adolece la resolución estudiada, del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona analizado cabe resaltar una cuestión ciertamente relevante, cual es que, en supuestos como el que nos ocupa, justamente, en virtud del principio de prevalencia del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, el Juez español ha de actuar como un auténtico Juez europeo en aplicación de normas como el RBII bis o el R.4/2009, examinadas en el presente trabajo<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La comunitarización del derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, p.289

<sup>29</sup> Vid .J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, [http://www.accursio.com/private/uploads/Noticias\\_Accursio\\_2020\\_-\\_006\\_006\\_006.pdf](http://www.accursio.com/private/uploads/Noticias_Accursio_2020_-_006_006_006.pdf).

RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA  
RDGRN [11<sup>a</sup>] 30 SEPTIEMBRE 2019 [NACIDO EN ARGENTINA]

RECOVERY OF THE SPANISH NATIONALITY  
RDGRN [11<sup>a</sup>] 30 SEPTEMBER 2019 [BORN IN ARGENTINA]

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado*  
*Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*  
ORCID ID: 0000-0002-4574-341X

Recibido: 08.06.2021 / Aceptado: 25.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6307>

**Resumen:** En este comentario se analiza el concepto de *emigración-emigrante-hijo de emigrante* a la luz de una resolución de la DGRN desestimatoria del recurso de apelación interpuesto con el auto del Consulado General de España en Buenos Aires que no inscribió el nacimiento del promotor por “recuperación de la nacionalidad española al no cumplir el requisito de la residencia legal en España establecido en el art. 26 del C. civil”. La peculiaridad del supuesto radica en la pretensión del promotor de ampliar el concepto de emigrante-hijo de emigrante del art. 26 a un supuesto muy peculiar de *emigración de ida y vuelta*. Una ampliación de criterio que la DGRN no considera aceptable.

**Palabras clave:** pérdida y recuperación de la nacionalidad española, requisitos para la recuperación, no exigencia de la residencia en España a los emigrantes e hijos de emigrantes.

**Abstract:** Once Spanish nationality is lost, there is a possibility of recovering it. To do so, it is necessary to meet the following requirements: The interested party must be legally resident in Spain. However, this requirement shall not apply to emigrants or the children of emigrants (art. 26 Civil Code). This commentary analyzes a resolution of the DGRN on the recovery of Spanish nationality. The peculiarity of the case lies in the intention of the promoter to expand the concept of *emigrant-children of emigrant* of article 26 of the Civil Code to a very peculiar case of a back and forth emigration. An extension of the criterion that the DGRN does not consider acceptable.

**Keywords:** Spanish nationality, lost and recovering; requirements, legal resident, not apply to emigrants or the children of emigrants (art. 26 Civil Code).

**Sumario:** I. Supuesto sometido a examen: encuadre normativo, hechos del caso y carencias en el relato que dificultan la recta comprensión del supuesto. II. Requisitos para la recuperación de la nacionalidad española (art. 26 C.c y doctrina de la DGRN). 1. Español nacido en España que ha perdido la nacionalidad española. 2. No exigencia de la residencia legal en España: el privilegio para el emigrante e hijo de emigrante. III. Proyecto de reforma y reflexión final.

## I. Supuesto sometido a examen: encuadre normativo, hechos del caso y carencias en el relato que dificultan la recta comprensión del supuesto.

1. *Encuadre normativo*: la resolución de la DGRN<sup>1</sup> analiza un supuesto que, quizá, podríamos considerar como *supuesto tipo* en la práctica interpretativa del órgano director frente a solicitudes de recuperación de la nacionalidad española y la no exigencia de la residencia en España. Como es sabido, uno de los requisitos para la recuperación de la nacionalidad española es la residencia legal en España; ahora bien, no se exige *para los emigrantes e hijos de emigrantes* (art. 26 C.c). De donde, el concepto de *emigrante o hijo de emigrante* resulta clave para saber si, en la especie, el promotor era emigrante o hijo de emigrante. La exposición de los hechos y circunstancias del caso recogidos en la RDGRN son parcos, cuasi lacónicos y repetitivos pues reitera los hechos en los fundamentos de derecho. Aun a riesgo de equivocarnos (y dado que la consulta del expediente no es posible) habremos de plantear algunas hipótesis de trabajo relacionadas con las vías de acceso a la nacionalidad española tanto del promotor como de su progenitora así como la vinculación de ambos con España, en nuestra opinión, elementos claves para un correcto planteamiento del problema y su consecuente análisis.

2. *Hechos del caso*: en la especie se trataba de un ciudadano argentino que promueve ante el Consulado General de España en Buenos Aires la recuperación de la nacionalidad española con solicitud de no exigencia<sup>2</sup> del requisito de la residencia en España por ser *emigrante o hijo de emigrante*. Como datos fácticos relevantes figuran: (1) fecha y lugar en que promueve la recuperación de la nacionalidad (octubre 2016 ante el Encargado del Registro civil del Consulado General de España en Buenos Aires); (2) fecha y lugar de nacimiento (Buenos Aires, 1992); (3) filiación (hijo de española nacida también en Argentina en el año 1962 e hija de padre español nacido en España); (4) año y lugar de inscripción del certificado de nacionalidad del promotor (2002, en el Registro civil central); (5) pérdida de la nacionalidad española por utilización exclusiva de la nacionalidad “que ostenta” (inscrita en el marginal del acta de nacimiento por resolución registral dictada por el Encargado del Registro Civil del Consulado General de España en Buenos Aires, pero no consta la fecha de esta resolución consular).

3. *Carencias en el relato que dificultan la recta comprensión del supuesto*. Pese a que constan los datos referidos a la fecha de nacimiento y de solicitud de la recuperación<sup>3</sup> quedan algunas zonas menos claras. Así, de acuerdo con la resolución, son claros la fecha y lugar de nacimiento del promotor y el lugar de su residencia en el momento de la solicitud de recuperación (1992, Buenos Aires en ambos momentos); su condición de español de origen y la fecha e inscripción del certificado de nacimiento (2002, Registro Civil Central); la residencia en España de su madre durante los años 2002 a 2007; y, la pérdida de la nacionalidad española del promotor por no declarar la conservación entre los 18 y los 21 años. Consta que instó la recuperación el 21 de octubre de 2016 (es decir, ya cumplidos los 22 años). Son datos o zonas *menos claras*: la fecha en que la madre del promotor adquirió de la nacionalidad española y el modo en que esta la transmitió a su hijo. Dato relevante para la recuperación pues podría haber arrojado luz para una interpretación más amplia del concepto de *emigración y de emigrante e hijo de emigrante* del art. 26 C. civil que favoreciera la pretensión del promotor (que a él le alcanza el derecho subjetivo de la exención del requisito de residencia legal en España).

<sup>1</sup> RDGRN [11ª] 30 septiembre 2019 [nacido en Argentina] [BIMJ, núm. 2233, septiembre 2020] – inscripción de nacimiento y recuperación nacionalidad española (nacido en Argentina), p. 155.

<sup>2</sup> Conviene no confundir la *dispensa de la residencia* con la *no exigencia de la residencia*. La *dispensa de la residencia* es un concepto jurídico determinado en el art. 26 del C. civil, que se aplica al extranjero que desea recuperar la nacionalidad española pero que no es emigrante ni hijo de emigrante español. La otorga el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales. La *no exigencia de la residencia legal* es un derecho subjetivo que tiene el promotor cuando concurren en él las circunstancias o requisitos establecidos en la norma. En el caso que analizamos se trata del segundo.

<sup>3</sup> Como es sabido, en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad española, la normativa aplicable en cada supuesto es temporal es decisiva pues para conocer si se adquirió o se perdió la nacionalidad ha de estarse a lo dispuesto en la redacción vigente de la norma en cada el momento temporal en que se produce el hecho.

4. A primera vista, todo apunta a que la madre no es española de origen (a diferencia del hijo que, según la resolución, sí consta inscrito *como español de origen*); de donde cabe pensar como escenario jurídico que: (1) en el momento del nacimiento de la madre del promotor (1962) su padre ya no le transmitió la nacionalidad española (la habría perdido, quizá, por adquisición de la nacionalidad argentina); y, que (2) ella (la madre del promotor) o bien pudo adquirirla derivativamente por la vía de la opción del art. 20 C. civil o bien pudo recuperarla en un momento anterior al nacimiento del hijo (1992) y en todo caso, antes de la venida a España (2002).

5. Tanto en el supuesto de que la hubiera adquirido por la vía de la opción del art. 20.1 b) C. civil como en el caso de que la hubiera recuperado antes de venir a España en 2002, no parece que haya dudas de que la madre del promotor es *hija de un español emigrante*. Esta condición de emigrante e hijo de emigrante no se traslada, sin embargo, a los nietos (aquí, en el caso, es el promotor) a los efectos del privilegio jurídico de la no exigencia de la residencia legal en España para la recuperación. De la resolución se desprende que el promotor parece entenderlo de igual modo y por ello insta a la DGRN *una interpretación más amplia del concepto de emigración* de manera que cubra el supuesto que a él le afecta: ha perdido la nacionalidad española de origen por no haber realizado la declaración de conservación en tiempo; para recuperar ha de venir a residir a España porque “no es hijo de emigrante” en los términos que interpreta la DGRN; ahora bien, como la madre del promotor había venido a España residiendo varios años hasta que volvió a Argentina (país de nacimiento y de nacionalidad), entiende el promotor que existe una emigración de su madre y que por eso debe ser considerado como hijo de emigrante. ¿Hay una verdadera *emigración*? ¿Qué línea de interpretación sigue el centro directivo?

6. La DGRN es rotunda en su rechazo a la pretensión del promotor. Descarta una interpretación *más flexible* del concepto (aunque afirma que emigración es un *concepto amplio*) y sostiene *una interpretación literal* (FJ 3º) basada en los tres elementos o criterios sobre los que se construyen el concepto en esta sede normativas: debe tratarse (solo) de un español nacido en España, que traslada su domicilio al extranjero y adquiere otra nacionalidad. Ni los motivos para emigrar ni las razones por las que se adquiere otra nacionalidad son relevantes para la construcción del concepto de *emigración*. Sobre esta base la DGRN declara que no ve justificación alguna para cambiar de criterio a la luz de la redacción vigente del precepto (dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre) y a las anteriores redacciones (dada por Ley 51/1982, de 13 de julio y Ley 18/1990, de 17 de diciembre más las Instrucciones sobre nacionalidad de 16 de mayo de 1983 y de 20 de marzo de 1991)<sup>4</sup>.

7. ¿Es congruente esta interpretación? ¿Es adecuada a los tiempos? ¿Cabrá flexibilizar la interpretación del concepto “emigración” a los efectos del art. 26 C.c. en los términos pretendidos por el promotor? ¿Con qué alcance? Para intentar dar respuesta a estas interrogantes, analizaremos los requisitos para

---

<sup>4</sup> Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. Y comentario de A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, “Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, año 2002, vol. 1, pp. 47-86. Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26 del C. civil; Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad; Instrucción de 16 de mayo de 1983; Instrucción de 20 de marzo de 1991. Repárese que esta última Instrucción se aclara el alcance del nuevo régimen y consecuentemente se declara “la desaparición del régimen especial establecido en la disposición transitoria de la Ley 15/1982, de 13 de julio de modo que (Apartado VII): “(...) todos aquellos que hayan sido alguna vez españoles y hayan perdido esta nacionalidad solo pueden recuperarla, en principio, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 26 del Código. Nótese, por otra parte, que la pérdida se habrá producido, en su caso, según la legislación vigente en cada momento anterior por aplicación de la disposición transitoria primera de la ley de 1990. En cuanto al requisito de residencia legal en España, según el artículo 26-1-a, “cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por el gobierno” y “en los demás casos, la dispensa solo será posible si concurren circunstancias especiales”. De este precepto se deduce claramente, y así lo resalta el Preámbulo de la Ley, que quiere darse un trato de favor a los emigrantes y a sus hijos, es decir, también en contra de la doctrina oficial sentada bajo la ley anterior (cfr. Instrucción de 16 de mayo de 1983, epígrafe iii, a), a los hijos de emigrantes cuando tales hijos hayan nacido en el extranjero. Además, solo se exige hoy el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquella” (el subrayado es nuestro).

la recuperación de la nacionalidad española a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 del Código civil y la doctrina de la DGRN y veremos cómo se proyectan en el caso de la resolución objeto de este comentario.

## II. Requisitos para la recuperación de la nacionalidad española (art. 26 Cc. y doctrina de la DGRN).

### 1. Español nacido en España que ha perdido la nacionalidad española.

8. Tres requisitos son exigidos por el Código civil para la recuperación de la nacionalidad española. El primero referido a la propia condición de español del solicitante, el segundo a la pérdida de la nacionalidad española y el tercero a la residencia legal en España y su posible exención.

9. Sobre el primero, la doctrina de la DGRN es clara y constante<sup>5</sup> en el sentido de que *no se puede recuperar lo que nunca se tuvo*. Quien desee recuperar la nacionalidad ha de ser “español de iure”. ¿Significa esto que el solicitante ha de probar su nacionalidad española? Y, en su caso, ¿cómo se prueba?

10. En realidad se trata de tener en cuenta los criterios de aplicación temporal del derecho de la nacionalidad<sup>6</sup>. Saber si la persona es o no es española lo determinan las normas vigentes en el momento del nacimiento y ello con independencia de la documentación que exhiba el promotor. Como ejemplo clásico de no atribución de la nacionalidad es el caso de hijos de madre española casada con extranjero y nacidos antes de la reforma de 1982. Siendo que la mujer casada seguía la condición y la nacionalidad del marido (art. 22 C.c., redacción originaria -RD 24/07/1889) y los hijos la nacionalidad del padre<sup>7</sup>, resultaba que el criterio del *iure sanguinis* no alcanzaba a la filiación materna. Así, entre otras, la RDGRN 5ª de 3 marzo 2009: nacida en España en 1953, hija de francés y española, no es española pues sigue la nacionalidad francesa del padre<sup>8</sup>.

11. El segundo de los requisitos es la pérdida de la nacionalidad española. Es muy frecuente que muchos españoles nacidos en el extranjero y que tienen atribuida desde el nacimiento otra nacionalidad (normalmente porque en el país de nacimiento el *ius soli* es el criterio principal de atribución), no son conscientes de que pueden perder la nacionalidad *ex lege*. El artículo 24 C. civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, contempla cuatro supuestos o situaciones que dan lugar a la pérdida<sup>9</sup>. En el caso de la resolución que se comenta consta anotada en el certificado español de nacimiento la inscripción de pérdida de la nacionalidad española de origen *por utilización exclusiva de la nacionalidad que ostenta*, en virtud de resolución registral dictada por el Encargado del Registro civil del Consulado General de España en Buenos Aires (FJ III).

<sup>5</sup> Véanse las referencias a las resoluciones de la DGRN recopiladas por A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas del Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ediciones GPS, Madrid, 2015, p. 271; y las de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad*, Comares (Granada), 2011, pp. 228-231. Para consulta de las resoluciones de la Dirección General en versión electrónica (disponibles desde 2009) véase la publicación oficial del Ministerio de Justicia (BIMJ) disponible en: *Boletín del Ministerio de Justicia*.

<sup>6</sup> En este sentido, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas*, op. cit., p. 275 ss; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad*, op. cit., p. 228; J.M. ESPINAR VICENTE / M. GUZMÁN PECES, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2019.

<sup>7</sup> Art. 17 Segundo C. civil, en redacción dada por Ley de 15 de julio de 1954: *Son españoles: los hijos de madre española aunque el padre sea extranjero cuando no sigan la nacionalidad del padre*.

<sup>8</sup> Aplicación del apartado I de la Instrucción de 16 de mayo de 1983 (...) *Puesto que no existe disposición transitoria en la nueva ley (...) es preciso entender que esta novedad no puede tener efecto retroactivo (cfr. artículo 2, 3.º del Código Civil, (---) y por lo tanto, que únicamente podrán ser considerado, por ese solo título, españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982*.

<sup>9</sup> Sobre la pérdida, entre otros, véase: A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho de la nacionalidad en España”, en *Normativas de Nacionalidad en Derecho comparado* (R. RUEDA VALDIVIA / A. LARA AGUADO, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2020, p. 407-444, esp. p. 431-435 M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La nacionalidad, española”, en *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, pp. 188-220, esp. pp. 209-212.

12. En efecto, a tenor de la resolución consular, el supuesto se encuadra en el párrafo 3 del art. 24 C. civil: “perderán en todo caso la nacionalidad española los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostentan la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en extranjero, cuando las leyes del país donde residen les atribuyan la nacionalidad de esta. Esta pérdida podrá evitarse si declaran su voluntad de conservarla ante el Encargado del Registro civil en el plazo de 3 años a contar desde su mayoría de edad o emancipación”<sup>10</sup>. La pérdida se produce *ex lege* si no se realiza la declaración.

13. La DGRN, en su Instrucción de 20 de marzo de 1991, ha indicado que “por el carácter taxativo de las causas de pérdida, que no pueden ser objeto de interpretación extensiva (...), tener la documentación española, haber otorgado algún documento público, haber comparecido ante el Consulado como español, y otras conductas semejantes, serán un índice de que el interesado no habrá podido incurrir en pérdida de la nacionalidad española”. La DGRN en diversas resoluciones afirma que (...) “Los requisitos exigidos por el artículo 24 1 del Código civil para que se produzca la pérdida de la nacionalidad española, esto es, utilización exclusiva de la otra nacionalidad distinta de la española, emancipación y residencia habitual en el extranjero durante los tres años posteriores, han de concurrir acumulativamente” (entre otras, RDGRN de 2 de junio de 2008).

14. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo ha resuelto una duda acerca del alcance de la solicitud de declaración de voluntad. A saber, si a los efectos del art. 24.3 C. civil bastaba por ejemplo la solicitud de renovación del pasaporte en el Consulado español y antes de que transcurrieran los 3 años. La Sala se pronunció a favor de una interpretación más flexible. Y así, ni se requiere de una declaración formal sujeta a forma solemne ni hay inconveniente en admitir que esa voluntad se manifieste de forma indirecta por actos concluyentes, por ejemplo, la personación del interesado ante el consulado para renovar el pasaporte (STS 19/12/2019<sup>11</sup>). Resulta de interés resaltar la comprensión que hace el Tribunal Supremo del espíritu de la norma (art. 24.3 C.c) y su relación con la norma de recuperación (art. 26 C.c) indicando referencias al debate doctrinal respecto de redacciones precedentes (FJ Segundo 4.2).

15. Y así, tras resaltar que la exposición de motivos de la Ley no hace referencia a su finalidad, sin embargo, la doctrina es unánime en su entendimiento pues *se dirige a evitar la perpetuación de estirpes indefinidas de descendientes de españoles en el extranjero, de modo que continúen siendo españoles aunque no mantengan ninguna vinculación con España, incluso sin saber que son españoles*. Otro elemento de reflexión y crítica que menciona el Alto Tribunal se refiere a los nacionales de países iberoamericanos. La doctrina ha señalado que se daba la situación paradójica (antes de la reforma del 2002) de que “el no emancipado nunca incurría en causa de pérdida y al llegar la emancipación, al no regir la doctrina del asentimiento voluntario, solo su renuncia expresa provocaba la pérdida, y los hijos y sucesivos descendientes, mientras no sobreviniera su renuncia, serían igualmente españoles”. En este sentido, se propugnó resolver la paradoja retornando a la redacción de la pérdida dada por la Ley de 15 de julio de 1954: “Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre

<sup>10</sup> Sobre las normas de nacionalidad en Argentina, véase el estudio de G. PONS VITADINNI, en *Normativas de Nacionalidad en Derecho comparado* (R. RUEDA VALDIVIA / A. LARA AGUADO, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2020, p. 95-109, esp. p. 97 sobre la adquisición por *ius soli*, como criterio principal de atribución y p. 103 sobre la pérdida. En la actualidad la única causa de pérdida es la adquisición en fraude previa declaración de nulidad. Se admiten las situaciones de plurinacionalidad en virtud de convenio (con España el firmado el 14 de abril de 1969). En consecuencia, a diferencia del Derecho español, la nacionalidad argentina no se pierde por la adquisición de una nacionalidad extranjera y, en este sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Expediente n° 3819/04, de 10 de abril de 2007 (*op.cit.*, p.103).

<sup>11</sup> STS 4072/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4072. Sala de lo Civil. Ponente: M. Ángeles Parra Lucán. En la especie, la Sala resuelve un recurso de casación por dos motivos: infracción de los arts. 14 y 11.2 CE por vulneración del derecho a la igualdad, al haberse decretado la pérdida de la nacionalidad de origen de la recurrente en contra de lo preceptuado en el art. 11.2 CE, que establece que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. El segundo motivo denuncia la vulneración de los arts. 14 y 25.1 CE, 24.3 CC y 226 del Reglamento del Registro Civil y del principio de legalidad, por considerar que la sentencia recurrida impone exigencias “extra legem”, al requerir que la declaración de conservación de la nacionalidad española sea explícita (FJ Segundo).

o madre españoles, también nacidos en el extranjero, aunque las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, no perderán la española si declaran expresamente su voluntad de conservarla ante el Agente diplomático o consular español o, en su defecto, en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de España” (art. 26).

16. Con posterioridad, la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 introdujo en su art. 65 una disposición complementaria conforme a la cual la declaración a que se refería el art. 26 CC solo podía hacerse dentro de un año a contar de la fecha en que la ley del país de residencia atribuyera la nacionalidad o desde la mayoría de edad o emancipación si la ley extranjera la hubiera atribuido antes. El precepto dejó de tener sentido con la redacción del art. 26 tras la reforma del 2002.

17. Concluye la Sala que al introducir en 2002 una norma equivalente a la del art. 26 C. civil en la redacción de 1954, “se quiso establecer un cauce que permitiera cortar la perpetuación indefinida de estirpes de españoles en el extranjero cuando siguen siendo españoles a pesar de que no mantengan la menor vinculación con España. Se hace exigiendo a los nietos de emigrados españoles, segunda generación nacida en el país de acogida, una declaración de voluntad dentro de cierto plazo para no perder la a nacionalidad española. La pérdida de la nacionalidad se produce *ex lege* si no se realiza esa declaración”.

### 1. Residencia legal en España y su no exigencia: privilegio para el *emigrante e hijo de emigrante*.

18. El tercer requisito para la recuperación es la residencia legal en España y su posible exención, que afecta a los *emigrante e hijos de emigrantes*. La naturaleza de la residencia ha de ser legal y por ende habrá de estarse a lo dispuesto en las normas sobre entrada, permanencia y residencia en España del derecho de extranjería (bien sean las normas del régimen general de la LO 4/2000 y RD 577/2011 o las del régimen aplicable a los familiares de comunitarios en el RD 240/2007). El artículo 26 del C. civil no establece un periodo de residencia previo para iniciar el expediente; cabe afirmar, pues, que una vez que el interesado ha obtenido la documentación acreditativa de su autorización de residencia en España podrá solicitar la recuperación<sup>12</sup>.

19. En relación al concepto de *emigrante*, en la resolución que se comenta la DGRN entendió que (...) ni el interesado ni su madre pueden ser considerados emigrantes, ya que ambos nacieron en Buenos Aires (énfasis nuestro). Varias consideraciones pueden hacerse a la luz de la doctrina de la DGRN y los datos del caso:

- 1) *¿El concepto de hijo de inmigrante alcanza a la madre del promotor?* La resolución sostiene que la madre del promotor no es emigrante porque no ha nacido en España. Esta afirmación llama la atención en una primera lectura si tenemos en cuenta que el privilegio o trato jurídico más beneficioso (no residir en España para solicitar la recuperación) se extiende a los hijos del emigrante.
- 2) Ahora bien, la negativa de la DGRN adquiere sentido en el contexto de la solicitud del promotor que sostiene que la “primera” emigrante es la madre y no el abuelo. Se trataría pues de saber si el hecho del retorno a España de la *hija de emigrante* español nacida en el extranjero es *restaurativo de la emigración*. Para el promotor sí lo es y por ello entiende que a él le alcanza el régimen jurídico privilegiado. Aunque en la resolución nada se argumenta (o al menos no se recoge) en pro de una interpretación “nueva” que sustente el cambio de criterio del concepto *emigración/emigrante español*, lo cierto es que el caso no es inusual y puede que empiece a darse cada vez más. Pero, es igualmente cierto que sin una adecuada fundamentación difícilmente podrá la DGRN ampliar el concepto del emigrante española para el cual está pensado la norma de recuperación.

<sup>12</sup> Por referencia a este supuesto véanse las resoluciones DGRN citadas por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 231 de: 19 septiembre 1988, 10 febrero 1989, 27 octubre 1995 (1ª) y 16 julio 2005.

20. En efecto, recordemos que, aunque la DGRN otorga un sentido amplio al concepto de emigración al mismo tiempo lo restringe, pues la idea de emigración que subyace en el precepto y en la doctrina del centro directivo se basa en una idea de emigración propia del siglo XX y en una idea de recuperación que privilegiara a los hijos de españoles nacidos en el extranjero (pero no a los nietos, como muy bien se apunta en la STS de 19/12/2109). *Para ser considerado emigrante* (a los efectos de la recuperación), la persona ha de nacer en España y ser español, ha de moverse a otro país y ha de fijar su residencia en ese país, ha de haber adquirido la nacionalidad de este país y ha de haber perdido la nacionalidad española, sin que los motivos del traslado sean relevantes para el concepto<sup>13</sup>. ¿Tiene cabida esa “otra emigración” que pretende el promotor en el supuesto de hecho del art. 26 del C. civil? ¿O, bastaría con modificar el art. 24.3 del C. civil?

### III. Proyecto de reforma y reflexión final.

21. A nuestro modo de ver, no tiene cabida y sí bastaría con modificar el supuesto del art. 24.3 del C. civil. Ciertamente es que hoy en día podemos ver una “nueva” *emigración de ida y vuelta* que podría darse cuando, como en el supuesto, el hijo *del emigrante* español que ha nacido en el extranjero y siendo ya español viene a España, reside un tiempo y retorna a su país de nacimiento y nacionalidad. Sus descendientes, también nacidos fuera de España, han podido adquirir la nacionalidad española sin necesidad de residir en España gracias a la vía de la opción del art. 20 del C. civil y, sobre todo, a la privilegiada opción de la Disposición adicional séptima de la llamada Ley de Memoria Histórica<sup>14</sup>, siendo que estas terceras generaciones pueden perder *ex lege* la nacionalidad si no hacen la declaración de conservación del art. 24.3 del C. civil

22. *¿Qué camino les queda para la recuperación?* El que marca el art. 26 del C. civil, pero no pueden acogerse al privilegio de la no exigencia de la residencia en España porque las terceras generaciones (los nietos del emigrante español nacido en España) no están contempladas en la misma. Una interpretación del concepto de emigrante como la que pretende el promotor es, en nuestra opinión, demasiado forzada y no encaja en el precepto, por mucho que la emigración de hoy en día y, sobre todo, el perfil del emigrante español nada tenga que ver con el que inspiró la redacción de la norma de pérdida y recuperación (en la Ley de 1954, según hemos visto). Pero otros caminos son posibles.

23. Cabría, en el caso concernido, acudir a la *dispensa* ante el Ministro de Justicia, también al amparo del art. 26 del C. civil, alegando como circunstancias excepcionales las que la Orden del Ministerio de Justicia de 11 de julio de 1991 sugiere<sup>15</sup>. Por ejemplo, la ausencia de antecedentes penales, la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, etc. Pero, sobre todo, el hecho de que la madre retornó a España y residió varios años y el dato de que el promotor ha sido español de origen y ha intentado conservar la nacionalidad española haciendo la declaración, aunque fuera de plazo. En suma, mostrar una vinculación específica con España y un deseo de querer seguir siendo español.

---

<sup>13</sup> Del examen de las resoluciones de la DGRN se observa que el centro directivo sí recoge los motivos del traslado siendo estos muy variados: laborales, políticos, militares, familiares (matrimonio) e incluso ha equiparado al concepto de emigración - emigrante y por tanto con derecho a recuperar la nacionalidad española de modo privilegiado (sin trasladar la residencia a España) al supuesto de pérdida de la nacionalidad española por adopción y adquisición de la nacionalidad de los padres adoptivos. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 232.

<sup>14</sup> Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. *Disposición adicional séptima*. Adquisición de la nacionalidad española. 1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año. 2. Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. Y la Instrucción de la DGRN de 4/11/2008 sobre derecho de opción a la nacionalidad española según la DA7ª de la Ley 52/2007.

<sup>15</sup> Orden de 11 de julio de 1991 sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de residencia en España.

**24.** Ahora bien, quizá la vía normativa más eficaz, y la que probablemente termine por adoptarse, es la modificación del artículo 24.3 del Código civil. La Proposición de Ley en materia de concesión de la nacionalidad española a los descendientes nacidos en el extranjero de progenitores españoles, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Confederal (Adelante Andalucía, Más per Mallorca, Más Madrid, Compromís, Geroa Bai y Catalunya en Comú Podem<sup>16</sup> ya lo contempla.

Su Exposición de Motivos es elocuente al respecto:

“De hecho, siguen existiendo diversos supuestos que exigen una reparación que, con el actual marco normativo, no se ha producido. Así, es preciso ofrecer una salida a las siguientes realidades:

(...) 4. Los nietos y nietas de nacionales españoles que, habiendo ostentado la nacionalidad, la han perdido por no ratificar su deseo de conservarla al cumplir su mayoría de edad. Algunos de ellos pudieron recuperar su nacionalidad y otros no debido a la falta de una Instrucción específica para este supuesto en particular que dejó esa posibilidad a la interpretación de cada registro consular”.

Y, en este sentido, propone la modificación del art. 24.3 del C. civil que quedaría redactado del modo siguiente:

“Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, solo perderán la nacionalidad española si declaran su renuncia expresa ante autoridades del Registro Civil consular correspondiente a su domicilio de residencia, cumpliendo los requisitos previstos en el párrafo anterior”.

**25.** Y es que, en ocasiones, conviene recordar que el *sentimiento de pertenencia* de los españoles que conformaron aquellas convulsas migraciones del siglo XX, la de los abuelos que guiaron a sus hijos y a sus nietos hacia “el sueño de la madre patria”, se ha mantenido en muchos hogares (no solo de la América española). El saber que *no se les permitía regresar* a España quizá haya hecho a aquellas generaciones más conscientes del “sueño” del retorno. Pero hoy, “el sueño” de sus nietos no guarda ninguna relación con la *nueva aventura* donde el retorno se anuda a la exigencia de la residencia legal con los condicionantes económicos y políticos de las leyes de extranjería. A veces, con ingenua ligereza asumimos que el mundo ha cambiado, pensamos en que hemos superado las consecuencias de aquella emigración española del pasado siglo. No es tan evidente, no al menos en materia de nacionalidad. Visto ahora, esta resolución es un buen ejemplo para meditar sobre la incomprensible dilación parlamentaria de la tramitación de la reforma del del C. civil sobre la pérdida/recuperación de la nacionalidad española a los descendientes nacidos en el extranjero de progenitores españoles también nacidos en el extranjero.

---

<sup>16</sup> *Proposición de Ley en materia de concesión de la nacionalidad española a los descendientes nacidos en el extranjero de progenitores españoles* (BOCG, Senado - 20/01/2020). Al no haberse presentado proposiciones de ley alternativas, el texto pasó al trámite de inclusión en alguna sesión plenaria para su toma en consideración (BOCG, Senado - 20/02/2020). Situación actual: pendiente de toma en consideración (consulta de 07/06/2021).

CONGRESOS

# SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, RULE OF LAW AND PUBLIC POLICY: IMPLICATIONS FOR THE TRADITIONAL FAMILY MODEL

## OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE, ESTADO DE DERECHO Y ORDEN PÚBLICO: IMPLICACIONES PARA EL MODELO DE FAMILIA TRADICIONAL

ARMANDO ALVARES GARCIA JÚNIOR

*Former Dean of the Faculdade de Direito da Universidade Bandeirante de São Paulo (Brazil)  
Chairman of the American Society of International Law: Private International Law / Teaching  
International Law Interest Groups (U.S.A.)*

*PhD in Law and PhD in Political Science (International Relations)*

*Professor of Universidad Internacional de La Rioja (Spain)*

*Arbitrator*

*Honorary Collaborator of ACCURSIO DIP*

Orcid: 0000-0002-5950-978X

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6308>

**Abstract:** Based on international public policy as an extension of national sovereignty, governments with authoritarian deviations are reforming their constitutions, criminal laws, etc. with the aim of preserving the inalienable values of their States and the Christian roots of their societies (traditional marriage and family model). For this purpose, basing on the vertical conception of SDG 16 (in which the areas of peace and justice are subordinated to the area of strong institutions), they seek to strengthen the state by gradually annulling its “disintegrating factors”: Muslim immigrants and refugees, members of the LGBTI community, leftist politicians, independent journalists and the EU itself (values, legislation and its incipient public policy). The research analyzes this problem affecting the family and its rights.

**Keywords:** Public Order, Rule of Law, Sustainable Development Goal 16, traditional Christian family model.

**Resumen:** Con base en el orden público internacional como expresión de la soberanía nacional, gobiernos con desviaciones autoritarias están realizando reformas constitucionales, penales, etc. con el propósito de preservar los valores inalienables de sus Estados y las raíces cristianas de sus sociedades (modelo de matrimonio y familia tradicional). Para eso, con base en la concepción vertical del ODS 16 (en que los ámbitos paz y justicia se supeditan al ámbito instituciones sólidas), buscan fortalecer el Estado mediante la gradual anulación de sus “factores de desintegración”: inmigrantes y refugiados musulmanes, miembros de la comunidad LGBTI, políticos de izquierda, periodistas independientes y la propia UE (valores, legislación y su incipiente orden público). La investigación analiza este problema que afecta a la familia y sus derechos.

**Palabras clave:** Orden público, Estado de Derecho, Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, modelo de familia tradicional cristiano.

**Summary:** I. Introduction. II. Public Policy and the rule of law: basic comments. III. Rule of Law and Sustainable Development Goals. IV. SDG 16: horizontality and verticality of peace, justice and strong institutions. V. SDG 16: international public order, nationalist politics and the defense of marriage and the traditional Christian family. VI. Conclusions.

## I. Introduction

1. In a consolidated integration process such as that of the European Union (EU), the formation of a genuine European public order, based on its fundamental values, formally considered common and shared by its Member States (respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities, according to Art. 2 of the Treaty on European Union, TEU) should be feasible. The second part of this article even makes it explicit that “these values are common to the Member States in a society characterized by pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men”<sup>1</sup>.

2. At the EU level, the rule of law is the necessary prerequisite for the protection of all these fundamental values, as well as for protecting the rights and duties enshrined in international law and in the EU’s own treaties or in the EU’s treaties with third countries or groups of countries<sup>2</sup>. However, the rule of law can promote both the European public order and the international public order of its member states, depending on the emphasis placed on it.

3. As will be discussed in due course, the Sustainable Development Goals (SDGs), specifically SDG 16, by highlighting the national dimension of the rule of law, strongly favour the international public order, in turn extolled by conservative and extreme right-wing political parties<sup>3</sup>, which advocate the “defense of the traditional Christian family”<sup>4</sup> as part of their “genuinely national” values. In this sense, it is not surprising that they exalt the international public order<sup>5</sup> as an expression of their national sovereignty that plays a defensive role in the moral, social and legal order of the country, capable of antagonizing the European public order, still in progress but supranational and, for this reason, potentially “invasive” or “disaggregating”.

## II. Public Policy and the rule of law: basic comments

4. Some conservative political parties -especially in Eastern Europe- backed by international public order, are seeking to prioritize what they consider to be the fundamental and inalienable values and principles of their states, consonant with the collective interests and very existence of their societies<sup>6</sup>. International public order is presented as a defensive shield of the moral, social and legal order of

<sup>1</sup> This idea extends to the basic principles which guide the EU’s action on the international stage and which inspired its creation, development and enlargement and which it seeks to promote in the rest of the world (Art. 21 TEU): democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity and equality -consistent with fundamental values- plus solidarity and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.

<sup>2</sup> K. L. CHEPPELE, D. V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, “EU values are law, after all: Enforcing EU values through systemic infringement actions by the European Commission and the member states of the European Union”, *Yearbook of European Law*, n° 39, 2021, pp. 3-121.

<sup>3</sup> B. SIIM, C. FIIG, “The populist challenge to gender equality”, en G. ABELS, A. KRIZSÁN, H. MACRAE, A. VAN DER VLEUTEN (coords.), *The Routledge Handbook of Gender and EU Politics*, Routledge, Abingdon, 2021, pp. 367-378.

<sup>4</sup> C. JOPPKE, “Populism and the double liberalism: exploring the links”, *Theory and Society*, Vol. 50, March 2021, pp. 1-22.

<sup>5</sup> In turn, domestic public policy would comprise all coercive provisions that cannot be set aside by the will of the parties, including equal marriage.

<sup>6</sup> R. CSEHI, E. ZGUT, “‘We won’t let Brussels dictate us’: Eurosceptic populism in Hungary and Poland”, *European Politics and Society*, Vol. 22, n° 1, 2021, pp. 53-68.

the forum<sup>7</sup> against “external interference” and the undesirable attempts to make it more flexible by the European public order which, contradictorily, does not even recognize its existence, but does recognize its risks.

5. However, it is one thing to exclude, on the basis of the State’s international public policy, the application of foreign law, and quite another to try to prevent EU law from being applied in its Member States. The international public policy may exclude the normal application of the competent foreign law due to its manifest incompatibility with those (value-laden) principles considered fundamental in the legal system of the forum and whose negative impact (externality) would be generated on a particular society (supra-individual structure), even if the regulation by the competent foreign law is fair for the parties involved in the specific case<sup>8</sup>.

6. Traditionally, if the applicable foreign law is contrary to the public policy of the country where it is intended to apply, it must be replaced by the law of the forum (Lex Fori<sup>9</sup>). But can this rationing reach EU law relatively to its Member States? Of course, EU law should not be confused with the law of a foreign country. On the contrary, EU law must apply equally in all EU Member States. It is up to the Court of Justice of the European Union (CJEU) to ensure this.

7. The EU’s fundamental principles and values are supposed to be common and shared by its Member States. However, there is a growing lack of respect for these elements and even for EU law<sup>10</sup>. Under the argument of defending the Christian roots of society and the traditional Roman Catholic marriage and family model (the current governments of Hungary and Poland could be mentioned as paradigmatic examples in this regard) the divergence has been straining the ropes since the rise to power of the far-right Fidesz and Law and Justice parties, respectively. Recent institutional reactions at the EU level, while condemning such “national and nationalist” positions, have not succeeded in softening the virulence of the political attacks (and the legal measures taken by these countries against certain groups). In fact, their attacks are directed at European values, EU law and, of course, at those collectives (or individuals in particular) considered undesirable according to the position of the governing parties.

8. Technically, public order is invoked to counter negative disturbances in the forum, but it is neither clear nor proven that EU values and norms actually undermine the basic and inalienable principles and values of these countries’ legal systems, no matter how much their political leaders may vociferate<sup>11</sup>. At the domestic level, the “debate” on the core values and principles of these societies has become politicized and legal opinions have become risky. This generates significant noise, confusion and bias. It is not surprising, therefore, that there is greater political control over the prosecution, the judiciary and the media in these countries<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> In the field of private international law, this public order can be found, among other instruments, in the Inter-American Convention on General Rules of Private International Law (arts. 5-8), Bustamante Code (arts. 4 and 5), and in many other conventions. It is important to note that constitutional precepts are considered to be international public order, i.e., they contain a set of principles of public or private law considered fundamental for the organization and functioning of the State. For this reason, it is not surprising that those countries that generate restrictions related to the family model choose -although not only for this reason- to reform their constitutional rules (constitutional reform would supposedly allow the state to oppose the application of EU law) and to produce mandatory rules of infra-constitutional rank in this field which would affect, above all, national public order.

<sup>8</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Vol. 62, n° 2065, 2008, pp. 2351-2378.

<sup>9</sup> If the rules of conflict present a single point of connection (Latin system), with the exception of public policy and its positive or substitutive effect, the substantive law of the forum would apply. In turn, in cases of multiple connections, if the main connection designates a foreign law whose application is not feasible because it is contrary to the international public policy of the country, the other points of connection would be applied successively and, finally, the substantive law of the forum (subsidiary system).

<sup>10</sup> *Vid* Note 2.

<sup>11</sup> A. O. YASSEN, “The Failure of the European Union to Respond to the Refugee Crisis”, *Turkish Journal of Computer and Mathematics Education (TURCOMAT)*, Vol. 12, n° 2, 2021, pp. 302-311.

<sup>12</sup> J. PETROV, “(De-) judicialization of politics in the era of populism: lessons from Central and Eastern Europe”, *The International Journal of Human Rights*, May 2021, pp. 1-26.

9. As far as the competent foreign law is concerned, by its very nature, the public policy exception must be considered restrictively and only in order to prevent its application from generating pernicious inconsistencies in the central axes of the legal order of the forum, which would cause serious damage to society as a whole<sup>13</sup>. Several problems can be observed in totalitarian states. Just to mention two of them: (1) members of the judiciary are fearful of political persecution and assess the assumptions of the specific international case in a more biased way and (2) the international public order of these countries is often very aggressive in comparison to that of democratic states (it is not objective to discuss illiberal democracies here) and tends to significantly reduce the freedom of the parties -through the regulation by mandatory rules- of their private-legal relations, especially in matrimonial and parentage law<sup>14</sup>. Foreign law is therefore much less applied in these countries because of the higher incidence of collisions with their public order. Although the idea of safeguarding the principle of justice often appears in the background of public order, justice in these countries is interpreted in a biased way, which contradictorily generates various injustices for those who represent a real or imagined danger to the Christian roots and the traditional marriage and family model that the political parties claim to defend. This often includes homosexuals, Muslim immigrants or Muslim asylum seekers, left-wing sympathizers or politicians (including any political opponents), human rights defenders, independent journalists or those critical of the system, etc.

10. International public order is composed of principles (political, religious, economic, legal -both public and private- and moral) that are considered basic (or fundamental), absolutely necessary for the preservation of social order and the protection of the cohesion, stability and proper functioning of the

<sup>13</sup> Doctrine, jurisprudence and legislation often consider the existence of a “partial” international public policy, which would lead to the non-application of foreign provisions whose application is contrary to the international public policy of the (forum) State, although other foreign provisions that are not contrary to the fundamental principles of the law of that State would apply (e.g., Judgment of the Court of Cassation, France, 8 November 1943, Fayeulle, RCDIP, 1946, p. 273). The Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations expressly provided for partial public policy in its Art. 16, as does Regulation (EC) 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regulation) in its Art. 26. However, with the political pressure exerted on the competent authorities in countries such as Hungary and Poland, the provisions considered applicable are in danger of being increasingly reduced in scope, due to the tendency - still incipient but growing - to consider the whole set of provisions and their consequences as offensive to public policy. The same fate seems to occur in relation to the theory of “attenuated” international public policy. It usually distinguishes between: (1) legal situations intended to be created in a country under a foreign law, the application of which would violate the basic principles of its law and injure the cohesion of its society and (2) legal situations already legally created in a foreign country under the competent law (its own, normally). In the first case, the public policy of the forum would apply in its entirety (e.g., the impossibility of celebrating an egalitarian marriage or a polygamous marriage in those States that do not admit them). The foreign law would not apply and, consequently, a new legal situation would not be created in the country. This would occur because the damage to the basic legal structure or the cohesion of the society of the forum country is “intense”. In the second case, the legal situation already created abroad would have a much “weaker” impact, so that the application of the State’s international public policy would be restricted only to the so-called “nuclear” legal effects because its admission would produce substantial damage both to the basic legal structure and to the social cohesion of the country whose courts hear the case (e.g., civil registration of polygamous marriages in countries that do not accept it). On the other hand, the so-called “peripheral” effects would not be contrary to the international public policy of the country. With this criterion, the aim would be to preserve the legal security of situations legally constituted abroad, avoiding their invalidation by the mere crossing of borders. Thus, without applying the foreign law, some of its legal effects would be recognized (e.g., request for alimony or a post-divorce pension from a second wife in a marriage registered in the country). For states with authoritarian deviations, this theory could succumb to the same problem mentioned above. Finally, the international public policy of proximity, which considers both the proximity and the minimum necessary linkage of the factual assumptions in relation to the country whose courts hear the case (since these would be precisely those that may affect the national society). In the absence of regulatory provision, it is usually the courts that would specify this link for the specific factual situation, generally considering: (1) nationality; (2) nationality and habitual residence (cumulatively or alternatively). In some countries (e.g., Germany, Switzerland) this theory is assumed with its own nuances. In others (e.g., Spain or France) its acceptance is considerable. In States with very broad forums of international jurisdiction, the public policy of proximity is not often activated, although this is possible in those cases where there is voluntary submission to the forum by the parties. There is no uniform position adopted by authoritarian States regarding the greater or lesser extent of this forum. Some countries seek to broadly cover different legal situations involving their nationals (the trend seems to be to include residence as an alternative assumption). Other States, however, choose to maintain a more limited profile as far as private international legal relations are concerned. *Vid* Note 8.

<sup>14</sup> *Vid* Note 8.

basic legal architecture of a specific society in a specific epoch or historical period and which cannot be undermined<sup>15</sup>. As such, they reflect the general interests of society and embody its most precious, essential and inalienable values at a particular point in time. For this reason, the idea of timelessness invoked by the ruling political parties in Hungary and Poland is not congruent with the understanding on the legal level. Without going into the subject, it can be stated that culture is not static, but a dynamic amalgam of factors<sup>16</sup>. The same is true of social relations, except in very particular cases of isolation for political reasons. As is well known, the international public order invoked by states is, in fact, state-based. Each state organizes the coexistence of its society according to its own rules (the state has its own set of basic principles) and presents its own international public order<sup>17</sup>.

**11.** As the content of international public policy is diffuse, it is up to the judicial authorities (not the political authorities) to analyze whether the solution reached by the foreign rule is manifestly contrary to the essential principles enshrined in the legal system of the forum, something which, moreover, may change over time. If it affects the structural elements of the legal system of the forum -those that are responsible for the organization of the society-, then the application of the foreign rule should be excluded<sup>18</sup>. The application of public policy is exceptional (i.e., the application of the competent foreign law is the rule) and, for that reason, it must be interpreted and applied restrictively. In fact, it should only operate if, in the specific case, the foreign law designated as applicable by the national conflict rule violates the basic legal structure of the country whose courts hear the case and disturbs the legal cohesion, the proper functioning and the stability of the respective society. When invoking the public policy exception, the judicial authority must assess the different circumstances of each case based on two crucial stages: the analysis and calibration of the principles contained in the national legal system according to the degree of sensitivity and social consensus that exists on them, and the weighing of whether the principles involved in the case are effectively violated by the application of foreign law. This delicate activity of the judiciary is under pressure from political powers in several countries. As a consequence, negative effects are being generated on marriages and unions between persons of the same sex or involving non-Christian foreigners.

**12.** The flexibility of the public policy exception is usually due to rights validly acquired abroad according to the competent rule of the country. This issue has given rise, for example, to discussions in different countries about the generation of certain effects in polygamous marriages validly entered into in foreign countries. The more the interpretation of the norm is subordinated to politics (especially if there is a totalitarian matrix), the greater the bias and the greater the risk of collision with public order. Countries such as Hungary or Poland (e.g.) strive to exalt the fundamental principles of their legal systems through constitutional reforms led by ultra-conservative parties, so that the scope for the extension of the application of public order tends to be considerably greater as well.

**13.** Some political leaders in the above-mentioned countries claim that the immutable, timeless, unrenounceable, etc. principles and values of the state and society are at enormous risk of deterioration due to domestic and foreign disaggregating factors. The domestic factors would include, for example, communists, homosexuals, progressive journalists, etc. and the foreign factors would include Muslim immigrants, non-Caucasian asylum seekers, “liberal” organizations that promote pluralism, etc. and, in the regulatory framework, even foreign law, EU law and EU values!<sup>19</sup>. The idea of blame (“due to or because of”) is symptomatic. As will be seen elsewhere in this research, it is part of the current politi-

<sup>15</sup> *Vid* Note 8.

<sup>16</sup> Culture is not static, but a dynamic amalgam of factors. The same applies to social relations, except in very particular cases of isolation in dictatorial regimes (Y. GORODNICHENKO, G. ROLAND, “Culture, institutions and democratization”, *Public choice*, Vol. 187, nº 1, 2021, pp. 165-195).

<sup>17</sup> *Vid* Note 8.

<sup>18</sup> *Vid* Note 8.

<sup>19</sup> Z. KINOWSKA-MAZARAKI, “The Polish Paradox: From a Fight for Democracy to the Political Radicalization and Social Exclusion”, *Social Sciences*, Vol. 10, nº 3, 2021, pp. 1-16.

cal narrative of social polarization. Expressions such as “we seek the union of all against the common enemies”, the “enemies of our freedom”, of “our way of life”, of “our values and principles”, of “our Christian roots”, of “our model of family and marriage”, etc. are part of the discourse of current right-wing populism seen today in many countries around the world<sup>20</sup>. Essentially, the access of the foreign element, be it individuals, organizations or norms (including EU law and values!) must be “controlled” for the benefit of the state and its society. After all, national society cannot be “contaminated” by national or, mainly, foreign principles, values, norms and individuals. This is the tone of right-wing populist nationalism, despite the fact that the world is hyper-connected and that Central and Eastern European member states account for a large part of EU funds.

**14.** Constitutional precepts are considered to be international public policy, i.e., they contain a set of principles of public or private law considered fundamental for the organization and functioning of the state and society<sup>21</sup>. It is therefore not surprising that the aforementioned countries are carrying out constitutional reforms (which would supposedly allow the state to oppose the application of EU law by reinforcing its international public order) while at the same time massively producing mandatory rules of infra-constitutional rank<sup>22</sup>.

**15.** The attempt to “legitimize” the exercise of an extraordinarily aggressive police power<sup>23</sup> by the state would seek, as an ultimate aim (according to certain political parties), the preservation and promotion of the general interest (morality, health, peace, public and social security, etc.). In such a context, the “traditional Christian family” (consisting of a woman and a man)<sup>24</sup>, as the fundamental nucleus of society, would be at risk due to its exposure to various disintegrating factors (immigration, left-wing ideologies, the LGBT community and ideology<sup>25</sup>, Islamism and even the existence of a European public order<sup>26</sup> whose values no longer seem to be fully shared<sup>27</sup>). The profuse editing of mandatory laws in some of these countries<sup>28</sup> -such as, for example, Poland and Hungary- may, however, move away from the rule of law. Indeed, recent constitutional, penal and penitentiary reforms in the above-mentioned countries and in several others (including Denmark and its new refugee law) lead to the consolidation of this problem.

**16.** Under the argument of protecting the Christian roots and values of society<sup>29</sup>, and therefore its traditional family model, the diffuse notion of public order seems to facilitate the action of certain governments<sup>30</sup>. Technically, public order is constructed on the basis of principles that embody fundamental and

<sup>20</sup> C. M. MICHAEL, *Migration and the Crisis of Democracy in Contemporary Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 159-235.

<sup>21</sup> N. NEUWAHL, C. KOVACS, “Hungary and the EU’s Rule of Law Protection”, *Journal of European Integration*, Vol. 43, n° 1, 2021, pp. 17-32.

<sup>22</sup> *Vid* Note 14.

<sup>23</sup> M. NEOCLEOUS, *A Critical Theory of Police Power: The Fabrication of the Social Order*, Verso, London, 2021, p. 73.

<sup>24</sup> R. MOLE, A. GOLEC DE ZAVALA, M. MURAT ARDAG, “Homophobia and national collective narcissism in populist Poland”, *European Journal of Sociology*, 2021, retrieved from <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10122902/1/Homophobia%20and%20collective%20narcissism%20in%20populist%20Poland%20%28final%29.pdf>.

<sup>25</sup> In Poland, several towns proudly display “LGBT-free zone” banners, following a line taken by the government controlled by the ultra-conservative Law and Justice party. Both Hungary and Poland consider the current defense of LGBT rights as a foreign idiom, as it has emerged in the United States in 1969 with the Stonewall riots and subsequently copied by Western Europe, which would threaten the traditional heterosexual family in those countries (which they seek to protect as the fundamental core of society).

<sup>26</sup> S. LAVENEX, W. WAGNER, “Which European public order? Sources of imbalance in the European area of freedom, security and justice”, *European security*, Vol. 16, n° 3-4, 2007, pp. 225-243.

<sup>27</sup> A. SANTANA, P. ZAGÓRSKI, J. RAMA, “At odds with Europe: explaining populist radical right voting in Central and Eastern Europe”, *East European Politics*, Vol. 36, n° 2, 2020, pp. 288-309.

<sup>28</sup> P. SWANIEWICZ, “From post-communist democratic laissez-faire to prevention of territorial fragmentation: tightening the rules of municipal splits in Central and Eastern Europe after 1990”, *Miscellanea Geographica. Regional Studies on Development*, Vol. 25, n° 1, 2021, pp. 5-17.

<sup>29</sup> C. RUZZA, “The institutionalisation of populist political discourse and conservative uncivil society in the European Union: From the margins to the mainstream?”, *Nordicom Review* n° 42, 2021, pp. 119-133.

<sup>30</sup> B. JORDAN, *Social value in public policy*, Springer Nature, London, 2021, pp. 36-47.

inalienable values of the state and that are embodied in constitutional and infra-constitutional legal norms. By assuming the idea that they represent the most vital collective interests, and therefore the most valuable for the existence of a particular society at a particular historical moment<sup>31</sup>, a longer arm would be conferred on the action of certain states, which naturally tarnishes the existence of a European public order.

**17.** The EU's clash<sup>32</sup> with Hungary, Poland or, in the near future, Denmark, reveals a war of ideological values that has its direct basis in public order. If it is essentially national and representative of a particular society, its governments -usually illiberal democracies<sup>33</sup>- may produce or reform norms with the purpose of making it difficult for indigenous people to intermarry with non-Caucasian individuals, or to scorn non-traditional marriage patterns in a Christian perspective.

**18.** Taking into account that public order, generically considered, would legitimize the exercise of the state's police activity (the purpose of which is to preserve and promote social tranquility, peace and security, sanitation, health, imperative laws, public morality (predominant in a democratic Society), good customs, general interest, etc.), any "external factor" (Muslim immigrants and refugees, gays<sup>34</sup> and even the supposedly "alien" European public order are considered potentially debilitating or fragmenting the society whose state, represented by the government, claims to protect.

**19.** Internal public order comprises all coercive provisions that cannot be set aside at the will of the parties. For contemporary constitutional states, internal public order, in its public sphere, thanks to the principle of legality, would seek to prevent administrative discretionality from being transformed into arbitrariness<sup>35</sup>. The problem is more difficult to solve when the rules themselves are discriminatory, because they tend to be backed by public policy. In this case, the rule of law will have to be invoked, which would assume an absolutely primordial role. Countries such as Hungary, Poland or Czech Republic have not managed to prevent administrative discretionary power from turning into arbitrariness and discrimination in the service of political parties<sup>36</sup>, albeit camouflaged as legality (e.g., prohibition of egalitarian or establishment marriage).

**20.** In its private sphere, on the one hand, national public order would legitimize the exercise of fundamental rights and public freedoms recognized in the Constitution and, on the other, it would seek to limit the autonomy of the will and the exercise of acts contrary to the collective interests of the community.

**21.** With the authoritarian drift observed in Hungary and Poland, for instance (but which extends to a greater or lesser degree to other countries, European<sup>37</sup> and non-European<sup>38</sup>), is that the national public order, in its private sphere, is quite questionable. In fact, it is serving as a basis for the restriction of

<sup>31</sup> M. BRAKE, C. HALE, *Public Order and Private Lives (Routledge Revivals): The Politics of Law and Order*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 157.

<sup>32</sup> M. AVBELJ, "Security and the Transformation of the EU Public Order", *German Law Journal*, Vol. 14, n° 10, 2013, pp. 2057-2073.

<sup>33</sup> A. BIRÓ-NAGY, "Illiberal democracy in Hungary: The social background and practical steps of building an illiberal state", en P. MORILLAS (coord.), *Illiberal Democracies in the EU: the Visegrad Group and the Risk of Disintegration*, CIDOB, Barcelona, 2017, pp. 31-44.

<sup>34</sup> P. LUTZ, F. KARSTENS, "External borders and internal freedoms: how the refugee crisis shaped the bordering preferences of European citizens", *Journal of European Public Policy*, Vol. 28, n° 3, 2021, pp. 370-388.

<sup>35</sup> Z. VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ, V. ČOGURIĆ, "Convergence and symbiosis of public administration principles: International and European perspective", *Bezbednost, Beograd*, Vol. 63, n° 1, 2021, pp. 5-18.

<sup>36</sup> M. F. DURMAZ, "The transition from Europeanisation to de-Europeanisation in Hungary and the Czech Republic: case of rule of law", Master's thesis, Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, retrieved from <http://openaccess.tau.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12846/504/27F139C885EBDC9CFB7A1AF195A5F1C1BED7DED5AF9A-23F84423EA36061CACDC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>37</sup> K. RAUBE, F. COSTA REIS, "The EU's crisis response regarding the democratic and rule of law crisis", en M. RIDDERVOLD, J. TRONDAL, A. NEWSOME (coords.), *The Palgrave Handbook of EU Crises*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 627-646.

<sup>38</sup> C. M. RENSHAW, "Southeast Asia's human rights institutions and the inconsistent power of human rights", *Journal of Human Rights*, Vol. 20, n° 2, 2021, pp. 176-193.

the exercise of rights and freedoms<sup>39</sup> enshrined in European law with which these countries must comply (their governing parties take advantage of their absolute majority to modify rules of constitutional rank that underpin public freedoms). Moreover, there is an accentuated tendency to limit the autonomy of will when it runs counter to what these same parties call the “collective interests” of their societies.

**22.** The growing conflict between the internal and, especially, the international public order of some EU member states and the European public order, not yet established, despite the positive contribution of the European courts<sup>40</sup> in matters affecting family law and other related matters, only emphasize the importance attributed by certain countries to their own set of (national) values to the detriment of another allegedly shared with the other members referred to at the beginning of the text. In any case, the actions of both public leaders and ordinary citizens should be underpinned by the rule of law, the cornerstone of the EU itself, but whose paradigm shift promoted by the 2015 SDGs has shifted the balance towards the state and international public order.

### III. Rule of Law and Sustainable Development Goals

**23.** When the European Commission adopted a new rule of law framework in 2014 to complement the infringement procedures provided for in Article 7 TEU (which even allows, as a last resort, in cases of serious and persistent violation of the EU’s fundamental values by one of its members, the suspension of their voting rights in the Council), the possibility of initiating a constructive dialogue<sup>41</sup> between that institution and the offending state in order to prevent the continuation of its conduct was established. This was a prior, logical and necessary step towards establishing a European public order, respectful of the values, rights and freedoms enshrined and, naturally, congruent with the rule of law<sup>42</sup>.

**24.** Unfortunately, both the “preventive mechanism” of Article 7(1) (activated in cases where there is a “clear risk of a serious breach”, which allows the Council to warn a country before such a breach occurs) and the “sanction mechanism” of Article 7(2) (activated in cases of “serious and persistent breach by a Member State” of the values stipulated in Article 2, and which allows the Council to suspend certain rights deriving from the application of the treaties in the country) have failed<sup>43</sup> to prevent several situations of crisis in the rule of law, with the result that the formation of European public order has been hindered on several occasions. In fact, by requiring unanimity in the European Council, their approval is extremely difficult to achieve in practice.

**25.** Since 2009, the Commission, with the complementary role of the other EU institutions, has sought to address these situations by exerting political pressure and establishing infringement procedures in the event of violations of European law, notably through requests for the European Parliament to assess the continued respect for fundamental values, democracy and the rule of law, and, since 2014, through the annual dialogue between the Council and all EU countries to promote and protect the rule of law within the normative framework of the treaties. As early as 2015, with the commitments made by the EU and its member states within the framework of the SDGs, the expectation was that the rule of

<sup>39</sup> G. S. BELYAEVA, V. V. GELUNENKO, E. E. TONKOV, L. I. NIKONOVA, D. V. GAVRISHOV, “Constitutional Freedom of Speech in the Context of National Security”, *Religación* n° 4, 2021, pp. 205-208.

<sup>40</sup> L. CONANT, “The Court of Justice of the European Union”, en M. RIDDERVOLD, J. TRONDAL, A. NEWSOME (coords.), *The Palgrave Handbook of EU Crises*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 277-295.

<sup>41</sup> M. BONELLI, “From Sanctions to Prevention, and Now Back to Sanctions? Article 7 TEU and the Protection of the EU Founding Values”, en S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (coords.), *EU Law Enforcement. The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge, Abingdon, 2021, pp. 47-69.

<sup>42</sup> A. NOWAK-FAR, “The Rule of Law Framework in the European Union: Its Rationale, Origins, Role and International Ramifications”, en A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWATER, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT (coords.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlin/ Heidelberg, 2021, pp. 305-331.

<sup>43</sup> *Vid* Note 32.

law would be strengthened and, therefore, the European public order itself would be strengthened. The problem is that the SDGs promote a notion of the “national” rule of law, based on the protection of the state, not the citizenry, and this would presumably legitimize some state actions that run counter to the establishment of a supranational order.

**26.** Previously, the Millennium Development Goals (MDGs, 2000) focused on the rule of law as an international mechanism<sup>44</sup> (“International Rule of Law”) to prevent war and its social consequences and sought to protect citizens against state (and third party) repression by strengthening human rights, democracy and good governance, relying on the decisions of the International Court of Justice to strengthen peace, security, disarmament, human rights, sustainable development and international law.

**27.** Without excluding the previous goals or minimizing their risks, the 2015 SDGs, based on the resolutions and decisions of the Security Council and the General Assembly (e.g., A/RES.48/132; A/RES/49/194; A/RES/50/179; A/RES/51/96; A/RES/52/125; A/RES/53/142; A/RES/55/99; A/RES/55/221), as well as the reports of the UN Secretary General (e.g., S/2004/616), began to attribute to the rule of law a more “national” connotation<sup>45</sup>, aiming to achieve more just, peaceful and inclusive societies<sup>46</sup>, free from fear and violence, with inclusive access to justice and effective and accountable institutions. To this end -and here lies the crux of the matter- States must strengthen and protect themselves against their forces of disaggregation<sup>47</sup>, through a gradual process of “securitization” of the rule of law and empowerment of their forces of order and security, legitimizing a coercion that can -and tends- to distort and undermine the idea the rule of law. Among these disintegration factors would be, including (according to the policies of some member states), internal and external “confrontations” with the “traditional family”, the Christian roots of their societies and national sovereignty.

**28.** For years, the United Nations (UN) has been promoting the idea that security is a necessary precondition for the development of human rights, sustainable development and the rule of law. Its historical antecedent was the 1993 World Conference on Human Rights, which included security and criminal justice within the scope of the rule of law. This idea was repeatedly reproduced by the General Assembly, reinforced by the “Brahimi Report” of 2000<sup>48</sup> and by the Secretary-General’s Report to the Security Council in 2005, when the terms security and development were associated and the notion of “collective security” was exalted<sup>49</sup>. The rule of law assumes the role of social cohesion and peace builder, as guarantor of the effectiveness of law and justice and against misery, fear and human indignity.

**29.** With the 2005 World Summit, the strengthening of the rule of law became the central and permanent focus of the General Assembly and the Secretary General’s reports, which went on to present it as the only reasonable framework for the advancement of security and this, in turn, as the vital precondition for the progress and development of human rights. For this purpose, judicial, police and prison reforms are supported. In turn, with the 2012 High-Level Declaration, the right to development is strongly added and, from then on, the rule of law is definitively enshrined as the basic element of public order and the authority of the State in the struggle against its disintegrating or predatory forces. The strengthening of the national police and judicial and penitentiary institutions is advocated in order to maintain peace and order, an idea that is repeated in the Development Agenda for 2030 Global

<sup>44</sup> L. ZENG, *Contemporary International Law and China’s Peaceful Development*, Springer, Singapore, 2021.

<sup>45</sup> T. ESKELINEN, “Interpreting the Sustainable Development Goals through the Perspectives of Utopia and Governance”, *Forum for Development Studies*, Vol. 48, n° 2, 2021, pp. 179-197.

<sup>46</sup> T. A. NOVITZ, M. PIERACCINI, *Legal Perspectives on Sustainability*, University of Bristol Press, Bristol, 2020, p. 78.

<sup>47</sup> S. LUCARELLI, “The EU Migration System and Global Justice: An Introduction”, en M. CECCORULLI, E. FASSI, S. LUCARELLI (coords.), *The EU Migration System of Governance*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 1-32.

<sup>48</sup> P. VAN ELSUWEGE, F. GREMMELPREZ, “Protecting the rule of law in the EU legal order: a constitutional role for the court of justice”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, n° 1, 2020, pp. 8-32.

<sup>49</sup> J. MÜLLER, *Reforming the United Nations*, Vol. 8, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, p. 211.

Development Agenda<sup>50</sup>, with the notion of well-being<sup>51</sup>. The United Nations Security Council frequently refers to “rule of law vacuum”<sup>52</sup>, “citizen security”, “social order” and even “development” to call for the strengthening of state security forces, whose law enforcement can be dysfunctional, illegitimate and unable to control crime, violence and social disorder. It may even distort the very notion of the rule of law.

**30.** Thus, in practice, the change in the priority focus of the rule of law (from the international focus of the MDGs to the national focus of the SDGs) has not favored European public order, but the international public order of each EU Member State (which must fight against its “disaggregating forces”), which at the very least hinders the process of formation and consolidation of a European and supranational public order.

**31.** This attitude of exaltation of their own international public order on the part of some of the EU member states had already been observed prior to the assumption of the commitments derived from the SDGs. In fact, only a year before, it has been necessary the reparation of “European values” by the European Court of Human Rights (ECHR) regarding the best interests of the child (Mennesson and Labasse cases, 2014)<sup>53</sup>, making it prevail over the international public order of the French State in a matter involving the refusal to register the filiation of minors born under a surrogacy contract in favor of the commissioning parents. Subsequent to the ODS, in 2018, the CJEU has done the same -Coman and others case-<sup>54</sup> in which it has highlighted the right of free movement of same-sex marriages contracted in the territory of the Union, extending the quality of “spouse” to the same-sex partner of an EU citizen who has married in any of the Member States in accordance with their civil legislation, imposing itself on the international public order of Romania, whose legislation prohibits this type of marriage and denies it any effect that it may generate because it is considered to be contrary to the values and principles of its society<sup>55</sup>.

**32.** A year earlier, in 2017, the Commission had initiated the above-mentioned art. 7 procedure against Poland and the European Parliament requested the same (approved the proposal with 448 votes in favor and 197 against) in relation to Hungary in 2018, still pending before the Council. The procedures aim to determine the risk of violation of the rule of law, so that, if the Council reaches such a conclusion, no immediate consequences would yet arise for those countries<sup>56</sup>.

**33.** Moreover, even if the suspension of the voting rights of one of these countries is ultimately successful, the other country could veto the suspension of the first country’s voting rights<sup>57</sup>. This further underlines the importance of the above-mentioned action of the European courts<sup>58</sup>, even though the

<sup>50</sup> J. TELLERIA, J. GARCIA-ARIAS, “The fantasmatic narrative of ‘sustainable development’. A political analysis of the 2030 Global Development Agenda”, *Environment and Planning C: Politics and Space*, May 2021, DOI: 23996544211018214.

<sup>51</sup> *Vid* Note 45.

<sup>52</sup> R. BLAIR, “UN Peacekeeping and the Rule of Law”, *American Political Science Review*, Vol. 115, n° 1, 2021, pp. 51-68.

<sup>53</sup> A. CHMIELARZ-GROCHAL, “European standards applied by administrative courts in resolving cross-border problems of citizenship and transcription of civil status certificates”, *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*, Vol. 93, n° 1, 2020, 137-154.

<sup>54</sup> D. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, “Same-Sex Spouses: More Free Movement, but What About Marriage? Coman: Case C-673/16, Coman et al. v. Inspectoratul General Pentru Imigrări, Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 5 June 2018, EU: C: 2018: 385”, *Common Market Law Review*, 57, n° 1, 2020, pp. 227-242.

<sup>55</sup> F. HAMILTON, “NH v Lenford: one further step in the continuing evolution of sexual orientation non-discrimination rights before the European Union”, *GenIUS*, 2021, retrieved from <http://centaur.reading.ac.uk/97559/1/3%20March%20NH%20Lenford.pdf>

<sup>56</sup> *Vid* Note 6.

<sup>57</sup> A. BOZÓKI, D. HEGEDŰS, “The rise of authoritarianism in the European Union: A hybrid regime in Hungary”, en J. MACKERT, H. WOLF, B. S. TURNER (coords.), *The Condition of Democracy*, Routledge, Abingdon, 2021, pp. 143-165.

<sup>58</sup> Regarding the independence of the judiciary, for example, the Court of Justice in 2018 considered itself competent, even ordering in April 2020, based on the four appeals for failure to comply with the European Commission’s judicial reforms (and also on requests promoted by Polish judges themselves and preliminary rulings raised by other national courts) the suspension of the new disciplinary body created by the Polish Law and Justice party -in power since 2010- to investigate and sanction judges not aligned with the country’s right-wing nationalist government. With regard to Hungary, the Court of Justice of the

repeated failures of both countries to comply with the decisions of the CJEU have not led to any accountability demands on either of them.

#### IV. SDG 16: horizontality and verticality of peace, justice and strong institutions

34. SDG 16 encompasses three fundamental, integrated and equal areas: peace, justice and strong institutions (“Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, facilitate access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels”). Despite the interconnectedness with which they have been conceived, their practical implementation varies from country to country. For example, while Western European countries take into account the “horizontality” of these areas, Eastern European countries consider their “verticality”, subordinating peace and justice to the existence of strong institutions.

35. The facts indicate that these two conceptions have a different impact on the rule of law and fundamental rights and freedoms. While horizontality leads to integration, verticality leads to the marginalization and exclusion of certain uncomfortable or undesirable individuals (Muslim immigrants, refugees, the LGBT community, political leftists, etc.). Moreover, it suggests a confrontation between values (European vs. national), types of public order (European vs. international and national) and democracies (liberal vs. illiberal). At stake are the pluralism of society, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men (TEU, Art. 2, second part). Naturally, issues that directly or indirectly relate to the family are affected thereby, because the positions of national authorities may transgress European norms and values.

36. It is worth recalling here that the rule of law is a necessary prerequisite for the protection of both fundamental values and the rights and duties enshrined in international law and in the EU’s own treaties (or those of the EU with third countries or groups of countries) and can both promote European public order and the international public order of its member states, depending on the emphasis given to it. As written in the introduction to this research, SDG 16, by emphasizing the national dimension of the rule of law, favors international public order, which is useful for the conservative and extreme right-wing political parties.

37. Conservative parties, across the right-wing political spectrum (and with a special emphasis on the extreme right-wing) often advocate for the defense of what they consider to be “genuinely national values”.<sup>59</sup> The exaltation of international public order as an expression of national sovereignty plays a role of defending the moral, social and legal order of the country, the fundamental and inalienable values and principles of its states, in line with the collective interests and existence of their societies. That is why the Central and Eastern European states argue that both fundamental values and the European public order, still in the process of formation, are factors of disintegration due to “meddling” in their internal affairs. And the traditional Christian family is, for these countries, in the view of the political parties controlling the government, a very relevant issue of a domestic nature<sup>60</sup>.

38. Countries with authoritarian drifts such as Hungary, Poland, the Philippines, Turkey, Russia or China are in an active process of producing binding norms, including constitutional, procedural, penal

---

European Union has focused on recent legislative reforms limiting the rights of civil society, minorities or the restriction and criminalization of the right to asylum or even the prohibition of activities of the Central European University of Budapest financed by tycoon George Soros (Case C-66/18, judgment of the Court of Justice of October 6, 2020).

<sup>59</sup> A. INOTAL, Hungary: “Euro-scepticism and Nationalism”, en M. KAEDING, J. POLLAK, P. SCHMIDT (coords.), *Euro-scepticism and the Future of Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 59-64.

<sup>60</sup> D. SZIKRA, D. SZELEWA, “Do Central and Eastern European countries fit the ‘Western’ picture? The example of family policies in Hungary and Poland”, en C. KLENNER, S. LEIBER (coord.), *Welfare states and gender inequality in Central and Eastern Europe. Continuity and post-socialist transformation in the EU Member States*, Etui, Brussels, 2010, pp. 81-114.

and penitentiary reforms that increase the centralization and empowerment of the state, while limiting the basic rights of groups considered undesirable by undermining fundamental and inalienable values of states and the cultural and religious roots of their societies, which includes the family<sup>61</sup>. A few examples will suffice to illustrate this point in relation to Hungary and Poland, two countries that are producing a political, legal and institutional headache in the EU.

**39. Concerning Hungary:** (1) adopted in December 2020 a reform of its constitution expressly prohibiting adoption by same-sex couples; (2) “hot returns” without examination of possible asylum cases, despite the CJEU decision of December 17, 2020, which has even led to the suspension of the Frontex mission in the country in January 2021. There is an official rejection of Muslim asylum seekers for disrupting the traditional Caucasian-Christian model of their society. Its legislation even provides for the possibility of detention for up to 3 years in detention centers for irregular immigrants, usually Syrians or Iraqis arriving from Serbia, even if they were asylum seekers intending to go to other EU countries (it should be recalled that EU legislation only allow this restriction when it is essential for registration purposes or in case they stay irregularly on European territory and there is a regularly issued expulsion order on the person); (4) the new transparency law (popularly known as “Stop Soros law”), is also symptomatic of this aversion to the potential danger posed by non-Christian migrants and refugees. To reduce their chances of remaining in Hungarian territory, the new law criminalizes assistance to irregular immigrants, even to advise them, guide them or submit their applications asylum application. In these cases, the rule covers both the natural person (imprisonment for up to one year) and non-governmental organizations (obligation to: (a) register with the jurisdictional authorities of the territorial circumscription, (b) declaration of the amount received from the foreigner -EU Member States or third States- when it exceeds 1. 1,400 euros, as well as the name of the donors, and (c) publicity indicating their status as “organization receiving foreign aid” or, if applicable, “organization with foreign capital”. In both cases, most of them are financed by George Soros’ foundations and operate in the migratory and anti-corruption fields, which has generated a discrimination towards the entities and people they intend to help, such as Transparency International, the Hungarian Union for Civil Liberties or the Helsinki Committee, the only entity that does it for free and that has favorable decisions from the European Court of Human Rights); (4) the attempt to make the Central European University unviable, either by foreign funding (Soros), or by the added obligation for foreign universities or universities with foreign capital operating in the country to have a campus in their country of origin, which does not exist (a law that gives the state greater power of control over universities to combat the ideas of Viktor Orbán’s enemy n° 1, Hungarian-Jewish American tycoon and philanthropist George Soros<sup>62</sup> on liberal, open and progressive societies -his Open Society Foundations supports educational and civil society strengthening projects developed, among others, by the Central European University of Budapest- interpreted as a plan to undermine European Christian culture through the “flood” of Muslim immigrants)<sup>63</sup>; (5) the constitutional reform prohibiting the settlement in the country of the foreign population, except those of European origin, under the argument that the ethnic composition of its population cannot be changed by any “external will” (understand, the EU and its migration policy, which establishes the distribution in the form of quotas of asylum seekers among its member states; Hungary, without taking in any refugees, has appealed to the European courts against the quota system agreed by a majority in the EU and against the relocation measures of the 1200 refugees -0. 02% of its population- from Greece, Italy and Germany. In addition, he continues to offer strong resistance to EU migration and refugee policy with his leadership of the “Visegrad Group” - or “V4”, which also encompasses Slovakia, Poland and the Czech Republic). Indeed, Orbán claims in his speeches that immi-

<sup>61</sup> K. WEYLAND, “Populism as a Political Strategy: An Approach’s Enduring -and Increasing-Advantages”, *Political Studies*, Vol. 69, n° 21, 2021, pp. 185-189.

<sup>62</sup> A. LANGER, “The eternal George Soros: The rise of an antisemitic and Islamophobic conspiracy theory”, en A. ÖNNERFORS, A. KROUWEL (coords.), *Europe: Continent of Conspiracies. Conspiracies Theories in and about Europe*, Routledge, Abingdon, 2021, pp. 163-184.

<sup>63</sup> C. LAMOUR, “Orbán Urbi et Orbi: Christianity as a Nodal Point of Radical-right Populism”, *Politics and Religion*, May 2021, pp. 1-27.

grants and refugees are a threat to “Christian civilization”<sup>64</sup>. Interestingly, foreigners represent only 1.5% of the country’s population, and almost 70% of this group are Europeans<sup>65</sup>. In all the above examples, the idea of family is central. Avoid, with international public order and national public order, the idea of full equality between all individuals being tucked away. Some are more equal than others. The basic argument is the imperative need to protect the traditional Christian family from factors that put it at risk. The governmental position of the Hungarian far-right party -Fidesz- is to prevent the “contamination” of that model of family<sup>66</sup>: traditional and Christian. This includes the rejection of non-Caucasian and especially non-Christian immigrants and refugees, members of the LGBT community and their gay partners, all those who help these groups and, of course, Europe’s hated law and order, for meddling in its internal affairs.

**40.** With regard to Poland: (1) constitutional reform allowing the sanctioning of judges who publicly criticize the erosion of the independence of the Judiciary in relation to the Executive Branch, which already controls the Supreme Court<sup>67</sup>. As far as this investigation is concerned, many of the replaced judges were obstructing government measures related to abortion bans, LGBT restrictions and hindering Muslim refugees’ asylum claims<sup>68</sup>; (2) struggle against “European liberalism”, which embraces a pluralistic society, which would therefore admit the presence, on equal terms, of non-Caucasian and non-Christian individuals among its people, with their customs that are potentially disaggregated from the traditional family model and their socio-cultural and religious roots<sup>69</sup>; (3) enormous empowerment of the police, subordinated to the Executive Branch, with the purpose of carrying out political and legal measures related to the centralization of power and the preservation of the fundamental values of the state and its Christian roots, including the family as its fundamental nucleus; (4) alarming politicization of the Public Prosecutor’s Office (direct control of the Executive Branch) with the same goal<sup>70</sup>; (5) political control of the Constitutional Court by changing its members, in order to unblock laws banning abortion or limiting public space to certain groups considered undesirable and destabilizing for society: LGBT (there are municipalities considered “free of LGBT ideology” since 2020) or immigrants (especially Muslims, blacks, etc.)<sup>71</sup>; (6) control of the civil service of civil servants, local administrations (reduction to two terms of office of mayors to eliminate opposition in wealthy cities such as Krakow, Warsaw or Wroclaw); (7) greater control of public media (press, radio and television), to prevent the dissemination of ideas contrary to the government, including the pluralism of society or the fundamental values of the EU<sup>72</sup>; (8) reduction of the female role to that of mother<sup>73</sup> (even with the elimination of the subject of gender equality in textbooks through educational counter-reform); (10) illegalization of abortion by the Constitutional Court in 2020 in cases of fetal malformation (the legal assumptions are rape, incest

<sup>64</sup> A. BOZÓKI, S. CUEVA, “Anti-Genderismus in Europa. Xenophobia and Power Politics: The Hungarian Far Right”, *Berlin, De Gruyter*, 2021, pp. 109-120, retrieved from <https://www.degruyter.com/document/doi/10.14361/9783839453155-008/html>

<sup>65</sup> A. BIRÓ-NAGY, “Orbán’s political jackpot: migration and the Hungarian electorate”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, *IF 3.116*, 2021, pp. 1-20.

<sup>66</sup> *Vid Note 58.*

<sup>67</sup> I. JELIĆ, D. KAPETANAKIS, “European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 13, n° 1, 2021, pp. 1-33.

<sup>68</sup> *Vid Note 62.*

<sup>69</sup> F. MELITO, “Finding the roots of neo-traditionalist populism in Poland: ‘Cultural displacement’ and European integration”, *New Perspectives. Interdisciplinary Journal of Central & East European Politics and International Relations*, Vol. 29, n° 1, 2021, pp. 23-44.

<sup>70</sup> A. E. DEMCZUK, “The Discriminatory Legalism Strategy and Hate Speech Cases in Poland. The Role of the Commissioner for Human Rights in Fighting Discrimination”, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio K–Politologia*, Vol. 27, n° 2, 2021, pp. 127-148.

<sup>71</sup> *Vid Note 14.*

<sup>72</sup> D. DROZDZEWSKI, P. MATUSZ, “Operationalising memory and identity politics to influence public opinion of refugees: A snapshot from Poland”, *Political Geography*, Vol. 86, n° 6, 2021, ID 102366, retrieved from

<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0962629821000263?token=94FE94EE102A5BFE69C4322D136CEAC1045CE808F7929892104C070583D5A71FE54F0858BAAA5F74719E8191796D2B00&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210611210443>

<sup>73</sup> *Vid Note 19.*

and serious risk to the mother's health) and, logically<sup>74</sup>, (11) an exorbitant fear of refugees (especially Syrians, "because they are carriers of diseases eradicated in Europe")<sup>75</sup>. Above all, Christianity has been used as an essential factor of social cohesion, as a way of repudiating the "foreign and Muslim enemy that invades us and tries to destroy our Caucasian and Christian civilization".

**41.** What is happening in several countries differs fundamentally from the idea of citizen empowerment previously envisaged in the 2000 Millennium Development Goals (MDGs) and even from the other goals of the current 2015 SDGs<sup>76</sup>. The increased police power derived from the dominance of strong institutions is the corollary of the far-right political discourse in several European countries: the preservation of Christian values and roots, pointed out as fundamental and inalienable of their societies<sup>77</sup>.

**42.** The horizontality of the three areas included in SDG 16 would allow the State to combat more effectively several of its "internal" disintegrating forces (such as poverty, various injustices and iniquities, violence and widespread criminality, etc.), as well as to reach -although apparently less effectively than with verticality- "foreign" disintegrating forces such as immigration, refugees, international terrorism, cybercrime or organized crime (the latter two because of their international base and/or connections).

**43.** Under this perspective, while horizontality (peace, justice and strong institutions) would boost social cohesion through the inclusion of all national or foreign individuals (protective public order, such as that of the EU), verticality (peace and justice subordinated to strong institutions) would "do so" through a "process of condensation" in which the public space of certain national and foreign elements considered harmful to society and the state would be reduced<sup>78</sup>. In the first case, the main focus is on the LGBT community, supporters of the progressive political left, Muslim immigrants already in the country and, in the second case, Muslim refugees, blacks, Asians, especially those professing different religions or possessing marriage-related traditions different from the traditional Christian model (as in the case of polygamy among male Muslims, who can marry up to four wives).

**44.** In this point xenophobic discourses often intermingle with the need to preserve the traditional Christian family model. So, taking up ideas previously expressed at the beginning of this text, international public order and internal public order act together to conjure up the excessively permissive and dangerous European public order. Under this particular view, countries like Hungary and Poland (although this is also observed, with different degrees, in France, Romania, Czech Republic, Italy, Spain) would be doing Europe a favour, fighting like lone knights against the destruction of their cultural and religious roots and culture. Europe should thank them, according to recent pronouncements by political leaders in these countries<sup>79</sup>.

**45.** When it is inserted into a warmongering political speech that a particular society can only aspire to be more just and prosperous with greater empowerment of public institutions and greater state control over certain potentially harmful and destabilizing groups, it seeks to legitimize the exercise of a police power whose ultimate goal would supposedly be social stability achieved through the preserva-

<sup>74</sup> A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, W. SADURSKI, "The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill): 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20", *European Constitutional Law Review*, Vol. 17, n° 1, 2021, 130-153.

<sup>75</sup> E. M. GOZDZIAK, *Human Trafficking as a New (In) Security Threat*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 66-79.

<sup>76</sup> E. DE JONG, M. J. VIJGE, "From Millennium to Sustainable Development Goals: Evolving discourses and their reflection in policy coherence for development", *Earth System Governance*, n° 7, 2021, pp. 32-45.

<sup>77</sup> N. MORIESON, *Religion and the Populist Radical Right: Secular Christianity and Populism in Western Europe*, Vernon Press, Wilmington, 2021, p. 23.

<sup>78</sup> D. TOSHKOV, E. KORTENSKA, "Does Immigration undermine public support for integration in the European Union?", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 53, n° 4, 2015, pp. 910-925.

<sup>79</sup> I. YILMAZ, N. MORIESON, "How Are Religious Emotions Instrumentalized in the Supply of and Demand for Populism?", *European Center for Populism Studies*, May 2021, retrieved from <https://www.populismstudies.org/how-are-religious-emotions-instrumentalized-in-the-supply-of-and-demand-for-populism/>

tion and promotion of the “general interest”, wielded as a bastion of morality, health, peace and citizen security. The use of military terminology in the discourses leads to the search for public enemies: immigrants, homosexuals, refugees, Muslims, the media (not aligned with the political ideology), “rebel” judges, etc., including all those who help or support them<sup>80</sup>. They are the bad people, the enemies who must be repelled. Naturally, there is a lot of demagoguery in the populist narrative.

**46.** Reinforcing the repressive capacity of the state to maintain the “normalcy of its rule of law” jeopardizes rights and freedoms and can lead to social and, perhaps, ideological control<sup>81</sup>. The risk is high and is already being verified in several parts of the world, as the State has the power and the tools to impose its will. In the name of a fairer and more inclusive society, injustices can be committed, and rights and freedoms can be restricted. In other words, the objective of preserving the traditional and Christian family model leaves a harmful wake for gay couples who wish to adopt a child and constitute a family, single-parent families and, with great impact, families who fail to obtain international protection through the granting of refugee status.

**47.** The CJEU’s condemnation of Hungary in 2017 focused on both violations of the EU Charter of Fundamental Rights (respect for private and family life, freedom of association and protection of personal data) and restrictions on the free movement of capital by the “Stop Soros” transparency law (discrimination of treatment between domestic and cross-border movements without any objective difference). In turn, the December 2020 decision has done so on the basis of the inhumane treatment conferred on asylum seekers<sup>82</sup> (detained between 2015 and 2018 in the transit/return zones -closed since May 2020- for several weeks or months, often in conditions of isolation and with insufficient and inadequate food, in violation of the assumptions provided by European regulations), the lack of guarantee of effective access to international protection for people who tried to access the country from Serbia and the absence of protection for children and vulnerable people. The fear of macular to the traditional Christian family is leading to the adoption of measures contrary to European public order, European regulations and the fundamental values of the EU.

**48.** Neither constructive dialogue and political pressure nor the preventive and sanctioning mechanisms provided for in the TEU have so far succeeded in preventing the occurrence of episodes contrary to the common and fundamental values provided for in Article 21 of the TEU<sup>83</sup>. In fact, with the feeling that the European Council will not succeed in solving the problem, we are seeing the adoption of even more draconian measures towards non-Caucasian and Christian asylum seekers (this is the case in Denmark).

**49.** Despite the initiative of the European Parliament -with the rejection of Spain (PP), Germany (CDU) and Italy (Forza Italia)-, the opening by the European Commission of proceedings against Hungary (for the serious deterioration of democracy, the rule of law and rights and freedoms) and the activation of Art. 7, first part, TEU by the European Council (a mechanism for monitoring and preserving the rule of law, created in 2014, which is based on the existence of a serious and persistent violation of the common values of the EU and consists of a systemic threat to all its member states), the maximum sanction of withdrawal of voting rights is almost impossible to apply in practice due to the prerequisite

<sup>80</sup> E. AYTAÇ, Ç. ALI, E. EZGİ, “Partisanship, elite messages, and support for populism in power”, *European Political Science Review*, Vol. 13, n° 1, 2021, pp. 23-39.

<sup>81</sup> L. HAMID, J. WOUTERS, “Rule of law and areas of limited statehood: introduction and perspective”, en L. HAMID, J. WOUTERS (coords.), *Rule of Law and Areas of Limited Statehood. Domestic and International Dimensions*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2021, pp. 2-22.

<sup>82</sup> V. CZINA, “Hungary as a Norm Entrepreneur in Migration Policy”, *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, Vol. 7, n° 1, 2021, pp. 22-39.

<sup>83</sup> S. PROGIN-THEUERKAUF, “Defining the Boundaries of the Future Common European Asylum System with the Help of Hungary?”, *European Papers-A Journal on Law and Integration*, Vol. 6, n° 1, 2021, pp. 7-15.

of unanimity<sup>84</sup>. With this legal difficulty and the appeasement policy of the Von der Leyen Commission, there is a risk that authoritarianism will be further consolidated on this side of Europe and, what is worse, it expands along with the populist wave that can be observed in all countries.

**50.** In the case of Poland, the first country subject to the European mechanism, consultation, evaluation and dialogue with the EU on violations of the rule of law (first phase), recommendations to correct the infringements detected (second phase) and the application of sanctions such as the withdrawal of voting rights (third phase) presents an added difficulty, since it is the EU's sixth largest economy, the main ally in Central and Eastern Europe and the first recipient of European funds.

**51.** The strengthening of the state, the traditional Christian family and society according to the vision of the Law and Justice party invokes national sovereignty, international and national public order and its peculiar notion of the rule of law. The verticality in the interpretation of SDG 16 suggests that fundamental rights and freedoms can be “flexibilized” by populist governments. Based on their distinction from human rights, which are universal, the rule of law and national and international public order as a sovereign expression of the State can legitimize constitutional and penal reforms that are dangerous to the rights and freedoms of certain communities. Therefore, the horizontality between strong institutions, peace and justice should receive greater attention from all actors (politicians, academics, civil society organizations, etc.), since the prioritization of strong institutions over the other areas of SDG 16 helps far-right populist movements to publicly assign the enemies of the traditional Christian family.

**52.** In both countries, the main political parties defend the idea that the “traditional Christian family” (consisting of a woman and a man), as the fundamental core of society, is at risk due to its exposure to various factors considered harmful, such as immigration, leftist and LGBT ideologies, Islamism and even the possible existence of a European public order whose values no longer seem to be fully shared, including the idea of social pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality (TEU, art. 2). Furthermore, the EU legal order requires uniformity, legal certainty and cooperation of the Member States.

**53.** The empowerment of the state and the profuse issuing of mandatory laws by countries with authoritarian drifts (and even “slightly” autocratic), such as Hungary, Poland, the Philippines, Russia, Turkey, Brazil, etc., to achieve “collective and national objectives” tends to deviate from the rule of law. The invocation of arguments such as international public order, sovereignty, intransigence of fundamental values or non-interference in internal affairs is leading them towards the formation and consolidation of police states that seek to legitimize themselves in elections to achieve solid institutions that, in the end, pursue legally and ethically questionable ends<sup>85</sup>.

**54.** In the case of Western European countries, it is reasonable to expect them to combat their destabilizing forces within the legality and democratic normalcy of a liberal rule of law, with a public policy essentially protective of fundamental rights and freedoms enshrined in the constitution and recognized by international law<sup>86</sup>. However, when, instead of horizontality, a structure marked by verticality is established, that is, peace and justice are subordinated to solid institutions, the rule of law breaks down and public order tends to assume a leading role, valuing more vigorously certain elements or social conducts to the detriment of others, which may even become punishable with the legal reforms carried out in recent years. Broadly speaking, the understanding of SDG 16 is giving rise to a growing dichotomy

<sup>84</sup> *Vid* Note 6.

<sup>85</sup> F. ZOLL, L. WORTHAM, “Weaponizing judicial discipline: Poland”, en R. DEVLIN, S. WILDEMAN (coords.), *Disciplining Judges. Contemporary Challenges and Controversies*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2021, pp. 278-307.

<sup>86</sup> A. M. DEL VECCHIO, “Orientamenti e tendenze in tema di soluzione delle controversie internazionali (alla luce dei principi di tutela dei diritti umani fondamentali)”, *Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, Vol. 53, n° 1, 2021, pp. 39-84.

in Europe. On the Western side, a European public policy protective, aggregating and inclusive, and on the Eastern side, an international public order, directive, disintegrating and excluding in relation to EU values and law, wielded to defend its particular national vision of society: the national vision on the national society, not the EU vision on a supposed European society sharing the same values.

**55.** The difference in conceptions, interpretations and applications of the rules in these two environments (West and East) finds important political and social reflections, because if in the first case all individuals are considered elements to be protected, regardless of their origin, religion, race, etc., in the second case it can be attempted to reduce -and in fact it is already happening- the protection of certain individuals whose behaviors or beliefs are considered as disintegrating forces of the State: homosexuals, immigrants, refugees, people with different political ideologies, etc.

**56.** Recent official pronouncements by Jair Bolsonaro (Brazil, independent candidate negotiating to join the Patriot Party for the 2022 elections), Rodrigo Duterte (Philippines, Philippine Democratic Party-People Power), Viktor Orbán (Hungary, Fidesz-Hungarian Civic Union), Marine Le Pen (France, National Alliance), Tomio Okamura (Czech Republic, Freedom and Direct Democracy), Geert Wilders (Netherlands, Party for Freedom), Andrzej Duda and Karoslaw Kaczyński (Poland, Law and Justice), Santiago Abascal (Spain, Vox); Matteo Salvini (Italy, Northern League), Jörg Meuthen (Germany, Alternative for Germany) or Norbert Hofer (Austria, Freedom Party of Austria) usually identify the forces of disintegration of the state and Christian-rooted society and, of course, of their traditional family model.

**57.** In states where the most conservative parties have taken over the government, the risk of legitimizing a “witch hunt” against Muslims, homosexuals, the political left, certain journalists and human rights defenders, the poor, immigrants, refugees, etc., is very real. To show how far this has gone, Fidez (the Hungarian far-right party) considers Muslims, who constitute only 0.05% of its population<sup>87</sup>, as the enemy of true national and Christian values. Moreover, a few months ago, both Hungary and Poland boasted about the approval of budget allocations and the fund for economic recovery (NextGenerationEU program) without the need to make them conditional on respect for the rule of law and European values. In fact, they even openly criticize them while deviating from democracy and violating the human rights and fundamental freedoms of various groups, shielded by the supposed sovereign defense of their values and roots<sup>88</sup>.

**58.** In addition to international public order, erected as a bulwark for the defense of national sovereignty, domestic public order is also being configured to guide certain behaviors and punish (or punish more severely) others, without preventing administrative discretionality from turning into arbitrariness and even discrimination in the service of certain political ideologies or restricting rights and freedoms now considered contrary to the “collective interests” of their societies. Based on a specific (vertical) perception of SDG 16, the aim is to achieve peace and justice tailored to political objectives -which do not coincide with the universality intended in the conception of the SDGs (not even SDG 16)- and an attempt to legitimize a repressive state system that directly affects various groups.

**59.** The countries that are most favorable to the integration of all individuals and that conceive of the horizontality of peace, justice and strong institutions of SDG 16 are those that tend to invoke equality, social inclusion and citizen empowerment, particularly female empowerment. In contrast, the least favorable countries are those that subordinate peace and justice to strong institutions (verticality), to embrace as a priority -and increasingly selectively- the social inclusion of individuals who share or

<sup>87</sup> M. C. BALDINGER, “Neo-feudalism and Neo-traditionalism: The Intersection of Cultural Discourse and Economic Policies in Fidesz’s Hungary”, 2021, DI <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/12662>, retrieved from <https://dspace.cuno.cz/handle/20.500.11956/124662?show=full>

<sup>88</sup> M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, “Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?”, *Journal of European Integration*, Vol. 43, n° 1, 2021, pp. 1-16.

accept their specific vision of society to the detriment of all others, especially non-Caucasians or those who profess non-Christian religions or whose model of marriage or family departs from the traditional types of their societies, even in violation of arts. 8 and 12 of the European Convention on Human Rights, which covers all families<sup>89</sup>.

**60.** SDG 16 has served as a support for conservative political forces that exalt sovereignty and international public order, while establishing a national public order with an increasingly police-like profile. So far, the institutional mechanisms of the EU have given rather tepid responses to these right-wing populist exaltations, whose common denominator is their exacerbated nationalism.

**61.** Apart from the constitutionalization of what certain political parties consider to be fundamental and inalienable values of society (achieving with their enshrinement at the constitutional level the necessary congruence with the international order), in Europe the lukewarmness is partly explained by the fact that the influential and conservative European People's Party, which has dominated the EU political scene for two decades, encompassing most of the Christian Democratic parties in the region and from which the last presidents of the European Commission have emerged, is increasingly dependent on the votes of the parties of the Eastern European countries<sup>90</sup>.

**62.** Even the departure of Fidesz from the European People's Party has not changed the situation, as it has the support of several parties with which it could form a front even further to the right of the political spectrum<sup>91</sup>. However, the main stumbling blocks to the support of the European People's Party (EPP)<sup>92</sup> have not been the defense of Christian roots and the traditional Christian family model of their societies, but the politicization of the judiciary and the increasing reduction of the separation of the three powers. Although not a priority for political movements in Brussels, the sustained idea of protecting Christian values also faces a serious obstacle related to party positioning in the eyes of their electoral bases. This is a calculation that right-wing parties must make in order to position themselves more to the centre (centre-right) or closer to the extreme right, which is the part of the political spectrum that advocates this idea most vehemently.

**63.** Thus, with strong institutions, prevailing peace and justice, it is possible to point out the set of proposals (some already realized) of these countries. In the case of Europe, for example, with varying degrees one can find<sup>93</sup>: 1. centralization of power; 2. defense and exaltation of national symbols; 3. promotion of Christian values and the roots of society; 4. illegalization of parties and non-governmental organizations because of their ideological profile; 5. economic protectionism; 6. adoption of restrictive measures regarding abortion; 7. Skepticism regarding the EU and its values; 8. exaltation of nationalism; 9. defense of sovereignty; 10. selective expulsion of immigrants; 11. negative conceptions regarding immigrants and refugees; 12. closing of mosques and adoption of measures to contain Islam; 13. generalized and accentuated lowering of taxes; 14. adoption of policies contrary to gender equality and the LGTB collective; etc.

<sup>89</sup> M. MOUZOURAKIS, "More laws, less law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the fragmentation of 'asylum seeker' status", *European Law Journal*, Vol. 27, n° 1, 2021, pp. 1-10.

<sup>90</sup> W. PALAVER, "Collective Identity and Christianity: Europe between Nationalism and an Open Patriotism", *Religions*, Vol. 12, n° 5, 2021, pp. 339-384.

<sup>91</sup> M. A. VACHUDOVA, "Populism, Democracy, and Party System Change in Europe", *Annual Review of Political Science*, n° 24, 2021, pp. 471-498.

<sup>92</sup> With the Hungarian far-right Fidesz party leaving the grouping prior to its expulsion (which would be in line with the recent change in the EPP's internal rules), the tension has increased. Political parties with a strong view of nationalism and the more traditional notion of marriage and family (contrary to the broader and more modern vision that is being conferred by current European law) remain strong in the European Parliament. Proof of this is its integration into the Conservatives and Reformists Group in the European Parliament, together with the Polish Law and Justice party, and which could represent an East-West split in the EPP. In fact, the far-right is reorganising itself to compete with this party, through a new grouping made up of these two parties plus the Northern League party of the far-right Matteo Salvini.

<sup>93</sup> C. JOPPKE, *Neoliberal Nationalism: Immigration and the Rise of the Populist Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 233.

**64.** The ideas with the greatest support are the selective expulsion of illegal immigrants, the closing of mosques, measures to contain Islam and skepticism towards the EU and its values. In second place, the generalized and accentuated lowering of taxes and political and legal measures against the LGBT community. Third, anti-gender policies and measures. Fourth, measures limiting abortion. Fifth, the centralization of power (this placement is due to the fact that they are constitutionalist parties, and, in some constitutions, political, administrative and legislative decentralization is enshrined). Sixth, the illegalization of political parties and non-governmental organizations based on their ideology. Seventh, the unwavering defense of national symbols and economic protectionism. Eighth, the promotion of Christian values (although it appears in the background of all of them, it comes last because they are secular states, with secular parties and because their political constitutions provide for freedom of religious belief).

**65.** Although the idea of social inclusiveness of the SDGs in general encompasses all individuals, types of marriage or family models<sup>94</sup>, the international public order and the national rule of law reinforced and sustained by Goal 16 allows the State to “securitize” itself normatively and institutionally to prioritize and consolidate the chosen model, linked to national values and its historical and cultural roots that may oppose European values.

## **V. SDG 16: international public order, nationalist politics and the defense of marriage and the traditional Christian family**

**66.** SDG 16 (abbreviated to “Peace, Justice and Strong Institutions”)<sup>95</sup> has embodied with particular force the current vision of the rule of law according to the UN, so that the state’s fight against its “disintegrating forces” is often linked to the invocation of national sovereignty, reforms of the penal and penitentiary systems, the empowerment of the police and the military, and the appointment of judges and/or reforms that undermine the independence of the judiciary. This process of “securitization” of the rule of law distorts it and tends to legitimize coercion and restrictions of freedom that directly affect the new family models<sup>96</sup>.

**67.** Family law (and any other law connected to it, such as freedom of movement and residence, equal marriage, the best interest of the minor, etc.) comes into play in this dichotomy of European public order vs. international public order of the Member States when the political vision -especially the sectarian one- disregards the common and foundational values of the EU and favors a strictly national perspective under the discourse of preservation of morality, good customs and the basic legal principles and values of the Christian roots of society.

**68.** Same-sex marriage, for example, is an issue that still divides European public opinion today, with: (1) a favorable majority in the Netherlands (91%), Sweden (90%), Denmark (87%), Spain (84%), Germany (83%), Ireland (80%), Belgium (77%), Luxembourg (75%), France (67%), Finland (66%), Malta (65%), Austria (62%), Portugal (61%), Czech Republic (57%), Italy and the UK (56%); (2) a tie in Greece (50%) and (3) an unfavourable majority in Estonia and Hungary (39%), Slovenia (38.3%), Poland (38%), Croatia and Cyprus (37%), Slovakia and Lithuania (24%), Romania (21%), Latvia (19%) and Bulgaria (17%).

<sup>94</sup> P. KREKÓ, “Populism in Power: The Tribal Challenge”, en J. P. FORGAS, W. D. CRANO, K. FIEDLER (COORDS.), *The Psychology of Populism. The Tribal Challenge to Liberal Democracy*, Routledge, Abingdon, 2021, pp. 240-257.

<sup>95</sup> “Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, facilitate access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels”.

<sup>96</sup> E. HJALMARSON, “Border and Rule: Global Migration, Capitalism, and the Rise of Racist Nationalism”, *Studies in Social Justice*, Vol. 15, n° 3, 2021, pp. 543-547.

**69.** There is not a complete match between public opinion and legislation among these countries<sup>97</sup>. Prior to the recognition of equal marriage<sup>98</sup>, the national legal system allowed registration as a registered partnership in Austria (2010 and 2019), Belgium (2000 and 2003), Denmark (2012), Finland (2002 and 2017), France (1999 and 2013), Germany (2001 and 2017), Ireland (2015), Luxembourg (2004 and 2015), Malta (2014 and 2017), the Netherlands (1998 and 2001), Scotland (2005 and 2014; Gibraltar, 2014 and 2016; United Kingdom (Scotland, 2005 and 2014; Gibraltar, 2014 and 2016; England and Wales, 2005 and 2014 and Northern Ireland, 2005 and 2020) and Sweden (2009). These countries are the ones that, for the most part, because of their history or international commitments, most commonly invoke the SDGs (and invoked the MDGs) related to equality, social inclusion and women's autonomy and empowerment. The same is true for Spain (2005) and Portugal (2010), which recognize the legal figure of equal marriage, but not domestic partnership as a civil status in a national norm. In the opposite direction, Cyprus (2015), Croatia (2014), Czech Republic (2006), Slovenia (2017), Greece (2015), Hungary (2009 and 2010) and Italy (2016) recognize registration as a de facto union, but not same-sex marriage. In these countries, SDG 16 is interpreted in a way that primarily -and increasingly selectively- encompasses the social inclusion covered by other SDGs. In other words, the inclusion is often that of their own nationals to the detriment of foreigners, especially non-Caucasians, those who profess non-Christian religions or whose marriage or family patterns deviate from the traditional types of their societies. Their conservative political forces exalt sovereignty and international law and order at the same time as they establish an increasingly policed domestic law and order. The situation is the same for countries that do not legally recognize either cohabitation or equal marriage: Bulgaria, Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia and Estonia.

**70.** In relation to these countries, national sovereignty and national and international public order are the basis for the invocation of traditionalism, public morals and Christian-rooted good customs related to marriage and the family. Thus, the national rule of law embodied in SDG 16, by strengthening the state against its “disintegrating forces”, would “legitimize” public authorities to take measures to defend the essential Christian-rooted values of their communities against internal and external attacking factors (in the latter case, among others and despite their adherence, certain EU values would be included). SDG 16, by legitimizing the fight against “destructive forces” in society, naturally hampers the consolidation of the still incipient European public order, requiring the intervention of European courts.

**71.** If one looks at the stance of certain political segments in countries such as Poland, Hungary, Romania and several others, one will see that there are more or less constant attacks (or attempted attacks)<sup>99</sup> on the rule of law<sup>100</sup>, some of them related to the new family models. The preservation of the traditional apostolic and Roman Catholic family model, associated with the defense of Europe's Christian roots and the sovereignty of EU member states, however, are increasingly coming from those countries which, without European aid, would possibly plummet economically and in the level of welfare of their populations.

**72.** The exaltation of fundamental national values by some countries, as if they did not correspond -or even compete- with the fundamental values of the EU that they formally share and which they are obliged to respect through their accessions, reveals a political vision of society and the family that is usually categorized as conservative or ultra-conservative. The way of preserving them, based on national sovereignty, public order (with emphasis on international public order) and the national rule of law that SDG 16 upholds, could become a serious obstacle to the consolidation of a supranational set of

<sup>97</sup> L. S. CAHILL, “Same-Sex Marriage and Catholicism. Dialogue, Learning, and Change”, en J. PATRICK HORNBECK, M. A. NORKO, A. O'DONNELL, J. C. SEITZ (coords.), *More than a Monologue: Sexual Diversity and the Catholic Church. Voices of Our Times*, Fordham University Press, New York, 2014, pp. 141-155.

<sup>98</sup> M. GIERYCZ, *European Dispute over the Concept of Man*, Springer, Cham, 2021, pp. 79-132.

<sup>99</sup> Most of the attacks (or attempted attacks) targeted the independence of the judiciary, the weakening of anti-corruption mechanisms, minority rights, media plurality and freedom, freedom of expression and the situation of migrants and refugees.

<sup>100</sup> *Vid* Note 85.

values that were already considered, at least formally, to be shared. The same fate could befall European public order, which is seen as a “foreign” body that weakens the national values of those countries that, for this reason, seek to avoid it.

**73.** For the time being, the institutional mechanisms (tainted by the lack of political initiative on the part of the member states, especially in certain political sectors) have led to lukewarm responses to these nationalist exaltations against the new models of marriage and the family. As mentioned above, part of the blame lies with the European People’s Party and its dependence on the votes of right-wing parties in Eastern Europe.

**74.** Both the issue of marriage and, more broadly, that of the family, would be under the gaze of conservative nationalist (or even far-right) parties in countries with a Christian majority (Poland with 90.46%, although declining since the peak of 97.20% in 1990<sup>101</sup>; Hungary, with 67.36%, in free fall from 89.84% in 1945<sup>102</sup>, and Italy, with 79.39%, in continuous decline from 98.18% in 1945, except for small upturns in 2000 and 2005, with 85.44% and 85.90%, respectively<sup>103</sup>).

**75.** This means that the traditional Christian nuclear family<sup>104</sup> is and will be extolled by right-wing nationalist parties which, based on the defense of a strong sovereignty, international public order and a national rule of law (SDG 16), will continue to exalt Christian roots and virtues and restrict rights and new marriage and family models, considered “attacking and disintegrating” their national values. They would even look for scapegoats: immigrants, refugees, Muslims and even Europeanist values.

**76.** Indeed, it is quite symptomatic that the head of Poland’s nationalist government, Mateusz Morawiecki, in July 2020, after the summit that approved the new EU budget and the coronavirus pandemic recovery fund, boasted of achieving different allocations (reconstruction fund and credits, agricultural subsidies and cohesion funds) without making it conditional on respect for the rule of law and European values. The same goes for Hungary, whose Prime Minister Viktor Orbán openly criticizes European values, also deviating from democracy and violating human rights.

**77.** This being the case, in the event of a real East-West split in the EPP, which the party itself has been avoiding for several years, the EU could be dichotomized in terms of public order, with the European in the West and the international in the East, with marriage, the family, family rights and other related issues being discussed, among others.

**78.** Chancellor Angela Merkel’s Germany has not escaped criticism as its domestic and international detractors hold her government partly responsible for the gradual deterioration of the rule of law in neighbouring countries, and thus for the growing prominence of the international law and order of these countries and the weakening of the yet to be forged European law and order by prioritizing her country’s commercial interests and the integrity of the single market in its relations with Poland and Hungary, to the detriment of the defence of the EU’s common values<sup>105</sup>.

**79.** This growing process of securitization of the rule of law and consolidation of the international public order of member countries, supported by SDG 16, may be a potential danger to freedoms by

<sup>101</sup> Datosmacro, Poland, religion (2010 data): <https://datosmacro.expansion.com/demografia/religiones/polonia>

<sup>102</sup> Datosmacro, Hungary, religion (2010 data): <https://datosmacro.expansion.com/demografia/religiones/hungria#:~:text=Seg%C3%BAAn%20las%20C3%BAltimas%20encuestas%2C%20un,%25%20al%2072%2C84%25>

<sup>103</sup> Datosmacro, Italy, religion (2010 data): <https://datosmacro.expansion.com/demografia/religiones/italia>

<sup>104</sup> In the case of Poland, for example, a country with deep-rooted Christianity, social rejection of egalitarian marriages or new family forms is still high (around 38%). In the case of Hungary, its 27.16% of non-believers or its tiny 0.05% of Muslims are considered by the Fidesz party as “enemies” of the genuine national and Christian values it seeks to protect.

<sup>105</sup> M. HENKE, R. MAHER, “The populist challenge to European defense”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 28, nº 3, 2021, pp. 389-406.

restricting rights enshrined by the EU for individuals and family groups (marriage, movement, establishment/residence), in their most up-to-date models according to EU law and jurisprudence<sup>106</sup>.

**80.** What can be perceived is that the lack of political consensus on the definition of “family” between countries ends up, in practice, “legitimizing” the vision of a specific society (or the vision given by the dominant political parties at a specific historical moment) on this issue. In order to defend it, the traditional family is continually associated with national values with Christian roots. Although the idea of social inclusivity of the SDGs in general encompasses any and all types of marriage and family, the international public order and especially the national rule of law upheld by SDG 16 allows the state to “securitize” itself normatively and institutionally in order to prioritize and consolidate the chosen model, coupled with national values that may even oppose European values that are no longer shared.

**81.** This is the case of Poland’s President Andrzej Duda, linked to the nationalist-conservative force Law and Justice, which defends the value of the traditional family. So does Hungary, whose Viktor Orbán’s government recently approved a constitutional reform that prevents adoption by homosexual couples (with the alleged purpose of protecting children and defending Christian culture). In fact, the text states that children must have a father and a mother, and that only registered married couples may adopt.

## VI. Conclusions

**82.** International public policy may embody national values that do not coincide with fundamental European values. While formally these values are common and shared, some EU member states seem to be moving further and further away from them in practice. Parties further to the right of the political spectrum, especially in Central and Eastern Europe, are securitizing the state against the “disintegrating forces” of their Christian-rooted societies: migrants, refugees, Islamism, the political left, and so on. SDG 16 legitimizes this protection of the state by giving greater weight to the national rule of law. In this context, European public order, which is still in the making, loses its place as it becomes an “external factor” that weakens national values. As long as it continues along this path, the rule of law will not be respected.

---

<sup>106</sup> Not far behind are families formed from transgender people (or even their marriage).

# WHAT LAW SHOULD APPLY THEN? THE IMPLICATIONS OF THE SUCCESSFUL INVOCATION OF THE PUBLIC POLICY DEFENCE IN EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN FAMILY MATTERS

## ¿Y QUE LEY SE APLICA DESPUÉS? LAS IMPLICACIONES DE LA EXITOSA INVOCACIÓN DEL LÍMITE DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UE EN MATERIA DE FAMILIA

ILARIA AQUIRONI

*Post-doc*

*University of Ferrara*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6309>

**Abstract:** The EU legislation in the area of private international law addresses explicitly the “negative” aspect of public policy, i.e. the non-application of the otherwise applicable law on the ground that it is at variance with the fundamental values of the forum. By contrast, the legislative measures adopted so far remain silent as to the law or rules that one should apply as a result of the successful invocation of the public policy defence. The paper aims, first, to assess the approach whereby the latter issue should be decided in accordance with the private international law rules of the forum. Secondly, the paper contends that an autonomous solution to the issue of the subsidiarily applicable law should mirror the goals pursued by the EU legislator – namely autonomy, flexibility, proximity and foreseeability –, and enshrined in the already adopted instruments dealing with the conflict of laws, rather than following the more widely known and endorsed approaches either not ensuring foreseeability and legal certainty, or leading to the immediate application of the *lex fori*. The focus will be on conflict-of-law rules in family matters, although similar patterns can be exported to other areas of the judicial cooperation in civil and commercial matters.

**Keywords:** public policy, subsidiarily applicable law, EU private international law in family matters, party autonomy, flexibility, proximity, consistency.

**Resumen:** La legislación de la Unión Europea en materia de derecho internacional privado trata explícitamente del “aspecto negativo” del orden público, es decir, la no aplicación de una ley que contraste con los valores fundamentales del foro. Al contrario, los instrumentos adoptados no se ocupan de la individuación de la ley aplicable después de la exitosa invocación del límite del orden público. El ensayo se propone, en primer lugar, evaluar el método del recurso a las normas de derecho internacional privado del foro. En segundo lugar, el ensayo sostiene que una solución autónoma a la cuestión de la

---

\* The present paper constitutes an extended version of a communication presented by the author during the final roundtable held at the VII Edition of the Congreso internacional del Derecho internacional privado, organized by the Universidad Carlos III of Madrid on 6th-7th May 2021. The author wishes to thank Professor Alfonso Luis Calvo Caravaca, Professor Maria Esperanza Castellanos Ruiz, Professor Juliana Rodriguez Rodrigo and Professor Maria José Castellanos Ruiz for giving her the opportunity to take part in the conference. The author also wishes to express her gratitude to Professor Pietro Franzina for his thought-provoking comments and impressions about the paper. Any opinions or flaws remain the author’s sole responsibility.

ley aplicable en vía subsidiaria debería reflejar los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión –autonomía, flexibilidad, vecindad y previsibilidad – y consagrados en los instrumentos previamente adoptados sobre la ley aplicable, en vez de seguir métodos que conduzcan a resultados imprevisibles, o bien que lleven a la aplicación inmediata de la *lex fori*. El enfoque del estudio serán las normas de conflicto en materia de derecho de familia, aunque también podrían desarrollarse reflexiones semejantes en otras áreas de la cooperación judicial civil y comercial.

**Palabras clave:** orden público, ley aplicable en vía subsidiaria, derecho internacional privado de la UE en materia de familia, autonomía de la voluntad, flexibilidad, vecindad, consistencia.

**Summary:** I. Introductory remarks. II. The subsidiarily applicable law after the successful invocation of the public policy defence: the solutions adopted by national PIL rules. III. The unsatisfactory state of affairs. IV. A methodological proposal. V. An inquiry into the structure of EU conflict-of-law rules in family matters. – VI. The subsidiarily applicable law: the suggested solution. VII. Conclusions.

## I. Introductory remarks

1. All legislative measures enacted by the European Union to deal with the conflict of laws come with a provision whereby the law designated under the rules of the measure concerned may be disregarded where its application would offend the fundamental principles, i.e. the public policy, of the forum<sup>1</sup>.

2. By way of example, Article 21 of Regulation (EC) no. 593/2008 (Rome I)<sup>2</sup>, Article 26 of Regulation (EC) no. 864/2007 (Rome II)<sup>3</sup>, Article 12 of Regulation (EU) no. 1259/2010 (Rome III)<sup>4</sup>, Article 35 of Regulation (EU) no. 650/2012 (Succession Regulation)<sup>5</sup>, and Art. 31 of Regulations (EU)

<sup>1</sup> Academic discourse on the doctrine of public policy is extremely vast. See, among others, A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, vol. 239, 1993, p. 9-116; P. LAGARDE, “Public Policy”, in K. ZWEIGERT, U. DROBNIG (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 29, 1994, Leiden, Brill Nijhoff, p. 11 ff.; O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère”, in *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, vol. 371, 2014, p. 153 ff.; A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne – Essai de systématisation*, Paris, LGDJ, 2018. While public policy may be invoked to prevent both the application of a foreign law and the recognition of a foreign judgment where their application or recognition would contrast with the fundamental values of the forum, for the purpose of the present essay the sole aspect of public policy as a limit to the application of a foreign law will be considered.

<sup>2</sup> Regulation (EC) no. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJ L 177* 4 July 2008, p. 6. See, in general, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLES/C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ (eds.), *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. On Article 21, see P. FRANZINA, “Article 21 – Public policy of the forum”, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law – Vol. 2, Rome I Regulation*, Köln, Otto Schmidt Verlag, 2017, p. 820 ff.

<sup>3</sup> Regulation (EC) no. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJ L 199* 31 July 2007, p. 40. See, in general, P. FRANZINA, “Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)”, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5, 2008, p. 971 ff. On Article 26, see A. FUCHS, “Article 26 – Public policy of the forum”, in P. HUBER (eds.), *Rome II Regulation – Pocket Commentary*, Köln, Otto Schmidt Verlag, 2011, p. 423 ff.

<sup>4</sup> Council Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III), *OJ L 343* 29 December 2010, p. 10. See, in general, P. FRANZINA, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 85 ff. On Article 12, see B. HEIDERHOFF, “Article 12 – Public policy”, in S. CORNELOUP (eds.), *The Rome III Regulation: A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2020, p. 150 ff.

<sup>5</sup> Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *OJ L 201* 27 July 2012, p. 107. See, in general, P. FRANZINA, A. LEANDRO (eds.), *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, Giuffrè, 2013. On

no. 2016/1103 and 2016/1104, respectively on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships<sup>6</sup>, embody public policy clauses.

Although not identical, the wording of the mentioned provisions is similar: according to Article 21 of the Rome I Regulation, Article 26 of the Rome II Regulation and Article 31 of both the property regimes Regulations, “(t)he application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum”. Article 35 of the Succession Regulation states that “(t)he application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum”. Pursuant to Article 12 of the Rome III Regulation, “(a)pplication of a provision of the law designated by virtue of this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum”.

3. Despite their slightly different wording, the rules set forth share an identical structure: composed of a single sentence, they focus solely on the negative function of public policy, i.e. avoiding the application of a law or rule considered at variance with the fundamental values of the forum.

4. None of the legislative measures adopted by the EU legislator dealing with the conflict of laws, on the contrary, makes provision for the identification of the subsidiarily applicable law or rules<sup>7</sup>, namely, the law or rules applicable to the specific case at hand once the law initially designated by the conflict-of-laws rule has been set aside due to public policy considerations<sup>8</sup>.

5. Although the interest of the EU legislator appears to be focused on the ousting effect deriving from the successful invocation of the public policy defence, the issue of identifying the subsidiarily applicable law should not be underestimated and needs to be properly addressed.

---

Article 35, see G. CONTALDI, C. GRIECO, “Art. 35 – Public policy (*Ordre public*)”, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation – A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 505.

<sup>6</sup> Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJ L* 183 8 July 2016, p. 1, and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJ L* 183 8 July 2016, p. 30. See J. L. IGLESIAS, G. PALAO MORENO, J. P. QUINZÁ REDONDO (eds.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea – Comentarios a los Reglamentos (UE) no. 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch 2019. On Article 31, see M. GEBAUER, “Article 31 – Public Policy (*Ordre Public*)”, in I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples: A Commentary*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2020, p. 306 ff.

<sup>7</sup> A lexical clarification is needed. For the purpose of the present essay, the expression “subsidiarily applicable law” will be used to indicate the process of identifying and applying the law applicable to the case at hand, once the initially designated rule has been deemed contrary to the public policy of the forum and consequently set aside. This is sometimes defined as the “positive function”, “positive aspect” or “positive consequence” of the public policy exception. Indeed, while the academic literature is unanimous in defining the ousting effect deriving from the successful invocation of the public policy defence as its “negative function”, scholars, on the contrary, tend to attribute different meanings to the “positive function” of public policy. For some authors, the operation of the public policy defence has the double purpose of, on the one hand, avoiding the application of a law or rules deemed to be at odds with the essential values of the forum (the so-called negative function), and the parallel aim of promoting those same, fundamental, values. In this respect, see F. SALERNO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, p. 99, where the author affirms that the positive function of public policy “esprime valori fondamentali ‘immanenti’ nel sistema giuridico del foro” and “si collega [...] all’esigenza di rendere pur sempre effettivi i valori sottostanti a tale parametro anche attraverso il richiamo a norme straniere”. Other scholars describe the positive function of public policy as one of identifying and applying another law or rule, once the initially applicable law has been set aside due to the operation of the limit. See, in this respect, as well as for a historical reconstruction of the negative and positive conceptions, O. FERACI, *L’ordine pubblico*, cit., p. 60 ff. See also, J. VON HEIN, “A View from the Trenches on EU and Member State Private International Law”, in J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL (eds.), *How European is European Private International Law? Sources, Court Practice, Academic Discourse*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 111 ff., p. 117. As a consequence, and in order to avoid misunderstandings, the choice has been made to adopt the neutral expression “subsidiarily applicable law” to indicate the process of substitution of the initially designated law with another one, after the successful raising of a public policy exception.

<sup>8</sup> See, *inter alia*, P. FRANZINA, “The Purpose and Operation of the Public Policy Defence as Applied to Punitive Damages”, in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (eds.), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, p. 43, p. 68 ff.

6. The first part of the present paper purports to shed a light on the current – unsatisfactory – state of affairs, in particular by analysing the solutions adopted by the EU Member States with a view to filling in the gap left by the successful invocation of the public policy exception. The second part will be then devoted to the illustration of a methodological proposal, which aims to provide – as discussed in the third part – a satisfactory response to the issue of the subsidiarily applicable law. As will be clarified *infra*, the analysis will be carried out from the specific point of view of the EU conflict-of-law rules governing family matters, due to the peculiar sensitivity of the latter. Nevertheless, similar patterns and thoughts might be effectively transposed into other areas of the judicial cooperation in civil and commercial matters.

## II. The subsidiarily applicable law: the solutions adopted by national PIL rules

7. The successful invocation of the public policy barrier against the application of a foreign law or rule does not in any case alter the need to regulate the situation considered. In other words, the non-application of the initially designated foreign law due to public policy considerations entails a regulatory gap. The issue therefore arises of identifying and applying the subsidiarily applicable law or rule called to fill the lacuna.

8. As a matter of fact, despite the proliferation of EU private international law instruments, some issues pertaining to the so-called general part of private international law are still not completely covered: domestic private international law must therefore come into play in order to address them<sup>9</sup>.

Accordingly, failing a uniform rule for identifying the subsidiarily applicable law, the commonly accepted view is that the regulatory gap left by the successful invocation of the public policy defence should be filled in each Member State by resorting to the relevant private international law rules of the forum<sup>10</sup>. In other words, whenever the application of a law is denied on the grounds that is at variance with the essential values of the forum, the issue should be addressed by resorting to domestic private international law.

9. National rules, in this respect, adopt divergent solutions, which are likely to fall into two tiers<sup>11</sup>, each one entrusting a different function to the negative aspect of the raising of a public policy exception and, therefore, reaching different conclusions as far as the distinct, connected issue of the identification of the subsidiarily applicable law is concerned.

10. According to the so-called *German approach*<sup>12</sup>, the ousting effect deriving from the successful invocation of the public policy defence only affects the single rule applicable to the case at hand, not the foreign law *per se* considered<sup>13</sup>. In other words, as the application of a single, specific, foreign provision would be at odds with the public policy of the forum, solely that provision needs to be singled out and set aside.

The other rules of the initially designated law, indeed, remain unaffected by successful raising of the public policy limitation. As a consequence, a solution to the regulatory gap should – and needs to – be retrieved within the framework of the same applicable law initially designated by the appropriate

<sup>9</sup> See, among others, J. VON HEIN, “A View from the Trenches”, cit., p. 113.

<sup>10</sup> J. VON HEIN, “A View from the Trenches”, cit., p. 117. See also P. FRANZINA, “The Law Applicable”, cit., p. 125. It should however be recalled that, in the Explanatory Memorandum of the 2003 Draft of Rome II Regulation, the Commission stated that the public policy mechanism allows the court to replace foreign law with “the *lex fori*”. See Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations (‘Rome II’), COM(2003) final, 22 July 2003, p. 28.

<sup>11</sup> For a complete reconstruction of the issue, see O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 66 ff.

<sup>12</sup> See, *inter alia*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *L'exception d'ordre public*, cit., p. 262 ; O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 66 ff. An example of the German approach is represented by Art. 6 EGBGB. For a commentary, see J. Von Hein, ‘Art. 6’, in F.J. SÄCKER, R. RIXECKER, H. OETKER, B. LIMPERG (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>th</sup> Ed., Munich, Beck, 2018, par. 210-241.

<sup>13</sup> P. FRANZINA, “The Purpose”, cit., p. 68 ff.

conflict-of-law rule. Once deprived of the provision at variance with the public policy of the forum, the originally designated foreign law is still – according to the German method – perfectly suitable for regulating the case at hand, on condition that the provision concerned is replaced with a different one<sup>14</sup>.

Such an approach is based on the idea that the conflict-of-laws rule should be paid the utmost respect<sup>15</sup>. Instead of being disregarded due to public policy considerations, the designated applicable law should therefore be accommodated with a view to finding a solution to the case at hand, thus limiting the de-activation function of the public policy defence to the single rule at variance with the core values of the forum.

In the framework of the German approach, very limited room is left to the *lex fori*. As a result, scholars endorsing this method underline that it may have a more deterrent function vis-à-vis forum shopping than the immediate, automatic recourse to the law of the forum<sup>16</sup>.

**11.** Although quite common among the EU Member States, the German approach has drawn criticism on two different grounds.

On the one hand, the application of the *lex causae*, although deprived of the rule offending the basic values of the forum, has been faulted for distorting and moulding foreign law, thus leading to the application of an artificially created, non-existing law<sup>17</sup>. That is, depriving a foreign law of one of its fundamental components would have the effect of perverting it and lead to the assumption that the same law might envisage a further rule, suitable for replacing the one set aside. A similar replacement, however, would not normally exist in the *lex causae*, as the rejected rule would normally be called on to regulate the matter concerned. Accordingly, the adoption of the German approach would result in a filling of the gap left by the successful invocation of the public policy defence with an inexistent law.

On the other hand – although this criticism is connected with the previous one – the mentioned approach has been accused of not providing a satisfactory solution when the incompatibility of the *lex causae* with the core values of the forum is linked to the inexistence of an appropriate provision, or of an alternative rule, within the framework of the *lex causae* itself<sup>18</sup> that could be adopted to regulate the case at stake. In other terms, the German approach has been faulted for disregarding both the likelihood of the inexistence, within the *lex causae*, of a further applicable rule, and the possible incompatibility of such a subsidiary rule as well with the essential values of the forum.

In this respect, and in order to tackle the above-mentioned shortcomings, the rules adopted by some EU Member States leave some room to the *lex fori*, which is likely to come into play where neither a primarily nor a subsidiarily applicable rule in the *lex causae* exists<sup>19</sup>.

**12.** Under the *Latin approach*<sup>20</sup> – and this is the second tier – the public policy ousting effect targets the designated applicable law considered as a whole. As a consequence, the initially designated foreign law should be either applied genuinely or set aside entirely once the public policy barrier has successfully been raised.

In this scenario, the public policy defence entails, on the one hand, the deactivation of the entire private international law mechanism embodied in the conflicts rule and, on the other hand, the expansion of the *lex fori*, deemed to be a general and residual law, whose application had been compressed by the functioning of the conflict-of-laws rule<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> P. FRANZINA, “The Purpose”, *cit.*, p. 69.

<sup>15</sup> P. FRANZINA, “The Purpose”, *cit.*, p. 69; O. FERACI, *L'ordine pubblico*, *cit.*, p. 67.

<sup>16</sup> J. VON HEIN, “A view”, *cit.*, p. 117. According to the Author, the deterrent function vis-à-vis forum shopping of the German approach should be taken into account when considering the extension of the method towards EU private international law.

<sup>17</sup> See, *inter alia*, O. FERACI, *L'ordine pubblico*, *cit.*, p. 67.

<sup>18</sup> O. FERACI, *L'ordine pubblico*, *cit.*, p. 67.

<sup>19</sup> See, in this respect, Article 21, par. 3, of the Belgian Code of Private International Law, according to which “(l)orsqu’une disposition du droit étranger n’est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée”. The Belgian Code is available here: [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg\\_2.pl?language=fr&nm=2004009511&la=F](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=2004009511&la=F)

<sup>20</sup> See P. FRANZINA, “The Purpose”, *cit.*, p. 69; O. FERACI, *L'ordine pubblico*, *cit.*, p. 65 ff.

<sup>21</sup> O. FERACI, *L'ordine pubblico*, *cit.*, p. 66.

13. Within the Latin method, however, different solutions have been proposed as to the moment in which the *lex fori* is called to play a role as the subsidiarily applicable law.

In the majority of countries – such as Austria<sup>22</sup>, Estonia<sup>23</sup>, Hungary<sup>24</sup>, Lithuania<sup>25</sup> and Romania<sup>26</sup> – the *lex fori* applies immediately after the dismissal of the initially designated law due to public policy concerns<sup>27</sup>. The immediate return to the *lex fori* has the advantage of providing a prompt solution to the impasse created by the operation of the public policy defence.

In other countries, the *lex fori* applies solely after the – unsuccessful – designation of the applicable law based on an alternative connecting factor<sup>28</sup>, this approach thus pays due respect to the conflict-of-law rules. Indeed, the raising of the public policy barrier does not hinder the operation of the conflicts rule. Therefore, the ousting effect is limited to the connecting factor whose operation leads to the application of law at variance with the core values of the forum<sup>29</sup>.

The alternative connecting factor might either be specifically designed to apply in cases where the public policy exception has been raised<sup>30</sup>, or be in any case provided by the conflict-of-laws rule as an alternative or subsequent connecting factor.

<sup>22</sup> According to Article 6 of the 1978 Austrian Statute on Private International Law (IPR-Gesetz), “(e)ine Bestimmung des fremden Rechtes ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist. An ihrer Stelle ist erforderlichenfalls die entsprechende Bestimmung des österreichischen Rechtes anzuwenden”. The Statute can be found here: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>. On the Austrian Statute, see E. PALMER, “The Austrian Codification of Conflicts Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 28, 1980, pp. 197 ff.; F. HEINDLER (eds.), *Festschrift 40 Jahre IPRG*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2020.

<sup>23</sup> Art. 7 of the 2002 Estonian Private International Law Act – in the English translation – provides that “(f)oreign law shall not apply if the result of such application would be in obvious conflict with the essential principles of Estonian law (public order). In such an event Estonian law applies”. On the Estonian Act, see K. SEIN, “The Development of Private International Law in Estonia”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, Otto Schmidt-De Gruyter, p. 459 ff. The text in Estonian is available here: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13242136>.

<sup>24</sup> Article 10, Section 12 of the 2017 Hungarian Private International Law Act, in the English translation, clarifies that “(1) The foreign law determined by this Act shall be deemed contrary to Hungarian public policy and therefore shall not be applied if the result of its application in the given case would clearly and seriously violate the fundamental values and constitutional principles of the Hungarian legal system. (2) If the violation of public policy cannot be averted in any other way, the provisions of the Hungarian law shall apply instead of the refused provisions of the foreign law”. See, in this respect, K. RAFFAI, “The New Hungarian Private International Law Act – a Wind of Change”, in *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, vol. 6, 2017, p. 119 ff., p. 127, available here: <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C6-1/legal61-08.pdf>. The text of the Hungarian Private International Law Act, in Hungarian, can be accessed here: <https://magyarkozlony.hu/dokumentumok/016703e04c2a3e6791025f-6066da98b69fca22d8/megtekintes>

<sup>25</sup> According to the English translation of Art. 1.11, Chapter II, Book I of the Lithuanian Civil Code “(t)he provisions of foreign law shall not be applied where the application thereof might be inconsistent with the public order established by the Constitution of the Republic of Lithuania and other laws. In such instances, the civil laws of the Republic of Lithuania shall apply”. The English version is available here: <http://pjurcys.blogspot.com/2010/07/lithuanian-private-international-law.html>. On Lithuanian Private International Law, see V. MIKELENAS, “Reform of Private International Law in Lithuania”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. VII, 2005, Otto Schmidt-De Gruyter, p. 161 ff.

<sup>26</sup> The French translation of Art. 2.564 of the Romanian Civil Code reads: “(1) L’application de la loi étrangère est écartée si elle viole l’ordre public de droit international privé roumain ou si la loi étrangère en cause est devenue compétente par fraude à la loi roumaine. Au cas où la loi étrangère est écartée, la loi roumaine s’applique”. On Romanian Private International Law, see C. AVASILENCEI, “La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d’un contentieux”, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 247 ff., available here: <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2012-2-page-247.htm>. Translation by C. AVASILENCEI, L.E. PICARCA, “Nouveau Code Civil Roumain”, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 459 ff, available at <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2012-2-page-457.htm>.

<sup>27</sup> F. M. WILKE, *A Conceptual Analysis of European Private International Law – The General Issues in the EU and its Member States*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 263.

<sup>28</sup> P. FRANZINA, “The Purpose”, cit., p. 70.

<sup>29</sup> O. FERACI, *L’ordine pubblico*, cit., p. 69.

<sup>30</sup> Pursuant to Article 12 of the 2010 Ukrainian Statute on Private International Law, when the public policy exception is successfully invoked, the law of the country having the closest connection with the case will apply. See. A. DOVGERT, “Codification of Private International Law in Ukraine”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, Otto Schmidt-De Gruyter, p. 131 ff.

The latter solution is the one adopted by the Italian legislator: pursuant to Article 16, par. 2<sup>31</sup> of the Statute on Private International Law, the law designated by other, if any, connecting factors will apply. Accordingly, the *lex fori* has a residual function, as it plays a role only insofar as no other connecting factors are provided for the same case.

### III. The unsatisfactory state of affairs

14. The analysis of the various solutions adopted by the Member States to deal with the issue of identifying the subsidiarily applicable law, absent any uniform solution provided by the EU legislator, reveals an unsatisfactory state of affairs. The result is a fragmented scenario, where a successful invocation of the public policy defence is likely to lead to different outcomes, depending on the competent national judicial authority raising the public policy concern.

Such a state of affairs threatens the uniform application of EU conflict-of-law rules, on the one hand, and the attainment of the aims pursued by the EU legislator through the adoption of uniform conflict-of-law instruments, on the other. Indeed, the unification of private international law rules constitutes a fundamental element of the development of the area of freedom, security and justice the European Union purports to promote, according to Article 81 of the TFEU.

15. The issue therefore arises of whether resort to national private international law rules after the successful operation of the public policy exception is consistent with the *effet utile* of the conflict-of-law rules enacted by the EU legislator.

It should in fact be recalled that, on the one hand, according to the principle of sincere cooperation enshrined in Article 4, par. 3 of the TEU, Member States should refrain from adopting measures capable of jeopardising the achievement of the objectives of the EU.

On the other hand, as the area of freedom, security and justice belongs to the realm of shared competence pursuant to Article 4, par. 2 of the TFEU, Member States have maintained the competence to legislate on those private international law topics – such as, *inter alia*, the issue of the subsidiarily applicable law – that have not been covered by the EU unification (yet)<sup>32</sup>.

16. A uniform approach to the issue of the subsidiarily applicable law, rather than immediate resort to the national private international law rules of the forum, seems in this regard preferable<sup>33</sup> and, as a consequence, should be fostered and promoted. In this respect, an autonomous solution, not depending on the conflict-of-law rules of the various Member States, ought to be adopted by the EU<sup>34</sup>.

Despite the need for an autonomous solution to the issue, it is rather unlikely that the EU legislator will directly intervene in relation to public policy clauses, either when recasting the existing instruments, or when adopting new ones. As has already been highlighted *supra*, the structure of public policy clauses has remained unchanged since the beginning of the Europeanisation of private international law. Considering that the issue of the identification of the subsidiarily applicable law is not new, one could argue that, had they wished to explicitly set forth a uniform solution, the EU legislator would have probably modified the structure of the rules dealing with public policy when drafting the most

<sup>31</sup> According to Article 16, par. 2 of Law of 15 May 1995, n. 218, “1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico. 2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”.

<sup>32</sup> See, in this respect, J. MEEUSEN, “Interaction Between EU Regulations and Member State Codification of Private International Law – From Patchwork to Network”, in J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL (eds.), *How European*, cit., p. 61 ff., p. 69.

<sup>33</sup> B. HEIDERHOFF, “Article 12”, in S. CORNELOUP (eds.), *The Rome III Regulation*, cit., p. 160.

<sup>34</sup> Cf. W. WURMNEST, “*Ordre Public* (Public Policy)”, in S. LEIBLE (eds), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, p. 305 ff., p. 326. See also H. J. SONNENBERGER, “Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht”, in *IPRax*, 2011, p. 325 ff., p. 332, according to whom guiding principles concerning the issue should be included in the recitals.

recently adopted instruments on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships<sup>35</sup>.

However, while the EU legislator remains silent, the duty to loyal cooperation imposed on Member States compels them to help the EU to achieve the aims pursued so as to avoid the risk of the latter being hampered due to differing national measures. In this respect, the adoption by the judicial authorities of the different Member States of a uniform, consistent solution when public policy issues are successfully raised, and therefore when the issue of the subsidiarily applicable law needs to be addressed, would move in that direction.

17. National judicial authorities are, in this respect, required to ensure consistency both among themselves – by refraining from resorting to national schemes when addressing the issue – as well as with the goals pursued by the EU legislator in the field of judicial cooperation in civil and commercial matters.

#### IV. A methodological proposal

18. It is therefore submitted that an autonomous response to the issue – be it chosen among the solutions adopted in this regard by national legislators or developed as an alternative strategy – ought to mirror the policies pursued by the EU legislator and enshrined in the already enacted uniform instruments dealing with the conflict of laws.

Whatever the response to the issue of the subsidiarily applicable law, it should in fact consider the political role conflicts rules – and more generally private international law rules – have been increasingly vested with.

19. According to the Savignian approach<sup>36</sup>, the public policy exception has traditionally been considered a necessary “lifeline” in order to safely take the “leap in the dark<sup>37</sup>” deriving from the operation of a truly bilateral, or multilateral, conflict-of-laws rule.

In a scenario like the one described by Savigny, where purely geographical factors play a role in determining the location, or ‘seat’, of a legal relationship, public policy is entrusted with a corrective function, whereby it deactivates the normal functioning of a conflict-of-law rule when the outcomes of its operation would otherwise be at odds with the essential values of the forum State.

In other words, in a system – like the Savignian one – where conflict-of-law rules are not imbued with material considerations, public policy remains the sole instrument capable of protecting and promoting the values of the forum vis-à-vis the undesired outcomes – deriving from the blind operation of a bilateral or multilateral conflict-of-law rule – that may undermine the integrity of the forum<sup>38</sup>.

20. However, one should not underestimate the fact that the traditional neutrality of private international law has increasingly given way to its political dimension<sup>39</sup>: the task of promoting values and policies is nowadays entrusted not only to public policy clauses, but also to conflict-of-law rules – and, more generally, to private international law rules. In this perspective, the choice made by a legislator – national or supranational – of one connecting factor rather than another reflects political choices and contributes to promoting values and policies<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> See, *supra*, n. 7.

<sup>36</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Romischen Rechts*, t. VIII, 1849. See also P. FRANZINA, “The Purpose”, cit., p. 47 ff.

<sup>37</sup> L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, Berlin and Frankfurt am Main, Vahlen, 5<sup>th</sup> Ed., 1961, p. 90.

<sup>38</sup> See, *inter alia*, M.-P. WELLER, A. SCHULZ, “Political Private International Law – How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions”, in J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL (eds.), *How European*, cit., p. 287.

<sup>39</sup> See, *inter alia*, P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, vol. 402, 2020.

<sup>40</sup> P. FRANZINA, ‘The Purpose’, cit., p. 48.

21. This is particularly true in the case of the EU legislator<sup>41</sup>, who firmly promotes the values enshrined in Article 3 TEU in all areas covered by EU law. Accordingly, EU private international law instruments, too, show an increasingly political nature.

22. The political nature of the rules adopted by the EU legislator is even more evident when one considers EU private international law instruments dealing with family matters. Aware of the sensitivity of the issues involved,<sup>42</sup> the EU legislator has set forth a number of techniques and strategies aimed at balancing the need to respect the diverging views of the Member States on the one hand, and the aims of integration in the field of judicial cooperation in civil matters on the other<sup>43</sup>.

23. The techniques and strategies adopted by the EU legislator with a view to providing a response to the aforementioned political interests can have either an implicit or an explicit nature<sup>44</sup>. As will be better explained *infra*, among the ‘implicit’ techniques it is worth mentioning the design of conflict-of-law rules, and the use of some connecting factors – e.g. habitual residence – rather than others – such as nationality. Overriding mandatory provisions and public policy exceptions, by contrast, constitute clear examples of the explicit ways in which political interests are imposed.

24. Furthermore, awareness of the particular sensitivity characterizing the topic in question is the main reason underlying the choice of conducting the present analysis from the perspective of the legislative measures adopted by the EU legislator in family matters.

25. Indeed, as the task of reflecting and conveying political considerations is entrusted not only to the operation of a public policy clause, but also to conflict-of-law rules, it is submitted that the process leading to the designation of the subsidiarily applicable law should be guided by and mirror the same policies and values.

26. For the purposes of this assessment, an inquiry into the structure, the peculiar features and the logic of the applicable EU conflict-of-law rules in family matters – it is argued – will be of help in identifying the path to be followed in order to determine the subsidiarily applicable law after a successful raising of the public policy barrier.

## V. An inquiry into the structure of EU conflict-of-law rules in family matters

27. At a first glance, the conflicts rules adopted by the EU legislator in the area of family law show a complex structure.

<sup>41</sup> See, *inter alia*, M.-P. WELLER, A. SCHULZ, “Political Private International Law”, in J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL (eds.), *How European*, cit., p. 287; S. FRANCO, “Public Policy and Overriding Mandatory Rules as Mirrors of the EU System of Thought and Integration – On the ‘Europeanness’ of Exceptions and Oddities”, in J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL (eds.), *How European*, cit., p. 305 ff., p. 309; R. MICHAELS, “The New European Choice-of-Law Revolution”, in *Tulane Law Review*, 2008, p. 1607 ff.; J. MEEUSEN, “Instrumentalisation of PIL in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?”, in *European Journal of Migration Law*, 2007, p. 287 ff.; M.-P. WELLER, “Aknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue ‘kopernikanische Wende’?” in S. ARNOLD (eds.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 133 ff.

<sup>42</sup> P. FRANZINA, “The Law Applicable”, cit., p. 88 ff.

<sup>43</sup> Reference is being made here to Article 81, par. 3 TFEU, and the special procedure it provides for in relation to the adoption of private international law measures dealing with family matters. The requirement of unanimity has paved the way for the creation of an increasing number of legislative measures concerning family issues adopted via the technique of enhanced cooperation. It is no surprise, therefore, that the first legislation adopted within the EU under the enhanced cooperation scheme is Regulation no. 1259/2010 (Rome III), subsequently followed by Regulations nos. 2016/1103 and 2016/1104, respectively, on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships.

<sup>44</sup> M.-P. WELLER, A. SCHULZ, ‘Political’, cit., p. 287 ff.

**28.** Firstly, they promote *party autonomy*, despite limiting the choice to a number of pre-determined options<sup>45</sup>.

In this respect, according to Article 5 of the Rome III Regulation<sup>46</sup>, spouses may agree to designate the law applicable to their legal separation or divorce among one of those listed in paragraph 1. The spouses may choose among the law of their habitual residence at the time the agreement is concluded, or the law of their last habitual residence, in so far as one of the spouses is still habitually resident there at the conclusion of the agreement, or the national law of either spouse when the agreement is concluded, or the *lex fori*.

Likewise, Article 22 of Regulation 2016/1103<sup>47</sup> makes room for party autonomy, allowing the spouses or the future spouses to choose among the law of the State where one or both of them is habitually resident, or the law of the State of nationality of either spouse or future spouse when the agreement is concluded. Similarly, according to Article 22 of Regulation 2016/1104<sup>48</sup>, the partners or future partners may choose among the law of the State where one or both of them is habitually resident, or the national law of either partner or future partner, at the moment when the agreement is concluded, or the law of the State under whose law the registered partnership was created.

**29.** The extension of party autonomy – traditionally reserved to contract law – to the area of family law reflects political considerations. Allowing the parties to choose the law applicable to their family relationships is in line with the tendency of EU institutions to promote self-regulation. It is in fact assumed that individual self-determination, also in the area of family law, represents the best way to ensure respect for private and family life, a principle enshrined *inter alia* in Article 8 of the European Convention on Human Rights and Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the EU<sup>49</sup>. Furthermore, party autonomy may be seen a way of reconciling the potential conflict between the aim of promoting integration – to be achieved through the increasing adoption of habitual residence both as a connecting factor and as a head of jurisdiction – and the aim of safeguarding the cultural roots of the individual – as reflected in the relevance accorded to citizenship in the design of private international law rules<sup>50</sup>. Moreover, party autonomy ensures legal certainty while promoting the continuity of personal and family status across borders, thus favouring the free circulation of people within the area of freedom, security and justice<sup>51</sup>.

**30.** It is therefore evident that allowing the parties to choose the law applicable to their family relations is far from a neutral choice: party autonomy adds a material flavour to EU bilateral conflicts rules, although the latter are deemed to be ascribable to the (originally) neutral Savignian method<sup>52</sup>.

**31.** Furthermore, while making limited room for party autonomy, all measures adopted by the EU legislator in family matters and dealing with the conflict of laws also allow the applicable law to be determined in the absence of a choice by the parties.

<sup>45</sup> On party autonomy in EU private international law in family matters, see *inter alia* J. GRAY, *Party autonomy in EU private international law: choice of court and choice of law in family matters and succession*, 2021, Cambridge, Intersentia; E. JAYME, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, p. 3 ff.; O. FERACI, “L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione europea”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 424, p. 443.

<sup>46</sup> C. GONZÁLES BEILFUSS, “Article 5 – Choice of Applicable Law by the Parties”, in S. CORNELOUP (eds.), *The Rome III Regulation*, cit., p. 65 ff.; I. VIARENGO, “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 601 ff.; P. FRANZINA, “L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 488 ff.

<sup>47</sup> C. KOHLER, “Article 22 – Choice of the Applicable Law”, in I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., p. 195 ff.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> See P. FRANZINA, “L’autonomia”, cit., p. 490.

<sup>50</sup> P. FRANZINA, “L’autonomia”, cit., p. 490.

<sup>51</sup> O. FERACI, “L’autonomia”, cit., p. 443.

<sup>52</sup> P. FRANZINA, “L’autonomia”, cit., p. 491.

**32.** An examination of the rules purporting to identify the governing law in family matters shows that they encompass a cascade of connecting factors, likely to entail the applicability of one or more foreign laws or the *lex fori*.

Indeed, Article 8 of Regulation no. 1259/2010 (Rome III)<sup>53</sup> subjects divorce and legal separation, absent a choice by the parties, to the law of the State of the habitual residence of the spouses at the time the Court is seized or, failing that, where the spouses were lastly habitually resident, if residence did not end more than a year before the seizure of the court and insofar as one of them still resides there when the court is seized or, failing that, of the common nationality of the spouses or, failing that, to the *lex fori*.

Article 26 of Regulation 2016/1103<sup>54</sup> on matrimonial property regimes likewise encompasses a number of connecting factors, which are called on to play a role subsequently: firstly, the first common habitual residence of the spouses after the conclusion of the marriage (Art. 26(1)(a)); secondly, the common nationality of the spouses at the time of the conclusion of the marriage (Art. 26(1)(b)); and thirdly, the law of the State with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage. Likewise, Regulation no. 2016/1104<sup>55</sup> provides, in Article 26, that the law applicable to the property consequences of registered partnerships, absent a choice by the partners, is the law of the State where the registered partnership was created. Furthermore, exceptionally and upon application of one of the partners, the competent judicial authority may decide that the law of a State other than the one designated pursuant to the first paragraph of Article 26 is to apply, provided that it attaches property consequences to the institution of the registered partnerships and that the applicant proves that it had been the last common habitual residence of the partners for a significantly long period and both partners had intended to arrange or plan their property relations according to that law.

**33.** All in all, EU conflict-of-law rules relating to family matters – either allowing a choice of law by the parties, or providing other options where no choice has been made by them – might lead to the application of one among a range of different laws, depending on the peculiar features of the case at issue.

Thus, if the law chosen by the spouses pursuant to Article 5 of Regulation no. 1259/2010 (Rome III) contravenes the public policy of the forum, and is disregarded on that ground, the law applicable to the divorce should be determined in accordance with Article 8 of the same Regulation, which may well result in the designation of a foreign law.

Similarly, if the law of the country where the spouses first established their habitual residence under Article 26(1)(a) of Regulation no. 2016/1103 violates the public policy of the forum, the couple's property regimes should be governed by the law of the State, if any, of which they both possess nationality pursuant to Article 26(1)(b), irrespective of whether that State is the State of the forum, or not.

**34.** The decision made by the EU legislator to draft conflicts rules providing for a number of connecting factors and likely to entail the application of one or more different (foreign) laws reflects a political intent, where *flexibility*, rather than rigidity, is sought. Accordingly, a rigidly pre-determined choice between a single foreign law and the *lex fori* appears to have been rejected by the European legislator in favour of a ladder of connecting factors<sup>56</sup>, which are likewise capable of ensuring legal certainty.

**35.** Furthermore, the mentioned rules aim to take into account different policies, though respecting certain priorities. In particular, EU conflicts rules in family matters purport to strike a fair balance between the promotion of integration on the one hand, and the preservation of cultural identity on the other. However, the relevance accorded to factual connecting factors – such as habitual residence<sup>57</sup> – to

<sup>53</sup> P. FRANZINA, "Article 8 – Applicable Law in the Absence of a Choice by the Parties", in S. CORNELOUP (eds.), *The Rome III Regulation*, cit., p. 92 ff.

<sup>54</sup> D. MARTINY, "Article 26 – Applicable Law in the Absence of Choice by the Parties", in I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., p. 241 ff.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> See, P. FRANZINA, "The law applicable", cit., p. 98 ff.

<sup>57</sup> Regarding habitual residence as an example of implicit ways of implementing the EU political interests in private international law see, among others, M.-P. WELLER, SCHULZ, "Political Private International Law", cit., p. 289; M.-P. WELLER, B. RENTSCH,

the detriment of legal connecting factors – such as national law – or the *lex fori*, the latter being likely to come into play only after the law, if any, agreed on by the parties, or otherwise determined according to the objective, factual connecting factors, similarly reflects political considerations.

Such a choice is aimed at fostering and promoting the goals pursued by the EU, namely the enhancement of cross-border mobility and the promotion of integration and inclusion in an area of freedom, security and justice, rather than focusing on the national and cultural roots of the individuals at stake. Although they do not disregard the relationships with their community of origins, EU conflict-of-law provisions seem to be informed with *proximity* considerations.

**36.** In other words, a general overview of the choice-of-law rules enacted by the EU legislator in family matters serves to clarify the aims of promoting autonomy, flexibility and proximity, while still preserving legal certainty, rather than following a static binary pattern, whereby either the *lex fori* or a rigidly pre-determined foreign law applies to the situation at stake.

## VI. The subsidiarily applicable law: the proposed solution

**37.** The peculiar features characterizing the structure of EU choice-of-law provisions in family matters – it is argued – should have an impact also when determining the subsidiarily applicable law after the successful invocation of the public policy defence.

Indeed, the identification of the applicable rules, after the law initially designated has been set aside for being at odds with the fundamental values of the forum, should be based on the same policy considerations informing the design and structure of EU conflict-of-law rules dealing specifically with family matters. The subsidiarily applicable law should therefore mirror the aims of autonomy, flexibility and proximity pursued by the EU legislator and enshrined in the already adopted rules.

**38.** Accordingly, both the option of applying the *lex causae*, deprived of the single rule contrasting with the public policy and essential values of the forum – the so-called *German approach*<sup>58</sup> – and the one of immediately applying the *lex fori*, can hardly be regarded as consistent with the logic and structure of EU conflicts rules in family matters.

**39.** The criticism that the German approach has the effect of distorting and moulding foreign law appears to be founded and should be endorsed<sup>59</sup>. Besides leading to the application of an artificially created, non-existing, law<sup>60</sup>, such a solution, where applied in the European context, could hardly be reconciled with the goals pursued by the EU legislator, and specifically that of ensuring legal certainty.

As already seen, the promotion of party autonomy, alongside the adoption of multiple connecting factors, has the aim of enabling individuals to benefit from a degree of flexibility, without disregarding the need for legal certainty and foreseeability. The individuals concerned can in fact either choose, or in any case reasonably foresee, the law according to which their family relations will be governed.

A solution to the issue of the subsidiarily applicable law consisting in the accommodation of the initially designated foreign law could hardly be deemed as foreseeable. For example, the spouses would not be able to reasonably foresee which rule would govern their legal separation after the initially identified one has been set aside for being at variance with the core values of the forum, especially because the second rule identified was not originally meant to address the specific issue involved. In other words, as the subsidiarily identified rule would normally not provide a response to the issue of legal separation,

---

“Habitual Residence”, in S. LEIBLÉ (eds), *General Principles*, cit., p. 171 ff., p. 174; according to the authors, “habitual residence turns out to be the most commonly used connecting factor in the rapidly evolving system of the European conflict of laws”.

<sup>58</sup> See, *supra*, par. 12 ff.

<sup>59</sup> *Contra*, see M. GEBAUER, “Article 31”, cit., p. 311.

<sup>60</sup> See, *inter alia*, O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 67.

being on the contrary meant to address another – albeit related – situation, the parties would have no way of knowing in advance the private international law outcome of their legal separation.

**40.** Moreover, although scholars endorsing the adoption of the German approach have pointed out its utmost respect for conflict-of-law rules, such an approach cannot be upheld within the European private international law framework. As a matter of fact, effective respect for European conflicts rules in family matters ought to be based on the choice of adopting a plurality of connecting factors, with the aim of striking a fair balance among competing political interests.

**41.** The option of immediately resorting to the *lex fori*, i.e. the so-called *Latin approach*<sup>61</sup>, in the variant adopted in Austria, Estonia, Hungary, Lithuania and Romania – each time an otherwise applicable foreign law happens to be at variance with the public policy of the forum seems hardly convincing either, although for different reasons and despite being fostered by scholars<sup>62</sup>.

Such an option indeed seems to echo a rigid, binary approach according to which either a fixed, predetermined, foreign law, or the *lex fori* should apply. However, EU conflict-of-law rules in family matters appear to preclude such an approach, as they set forth a number of connecting factors that are likely to come into play in a step-by-step manner.

**42.** Furthermore, the possibility of immediately referring back to the *lex fori* might represent an incentive for the competent national judicial authority to resort to public policy exceptions to a larger extent in order to avoid applying the normal mechanism of a conflict-of-laws rule. In other words, national tribunals, either being unwilling or not accustomed to applying the designated foreign law, might be to a certain extent encouraged to raise public policy considerations – although within the strict limits set forth by the EU legislator – in order to apply the *lex fori*.

**43.** A further argument against the immediate application of the *lex fori*, once public policy has been fruitfully activated – and, as will be contended *infra*, in favour of a more flexible solution – is based on the fact that the EU legislator did not hesitate to indicate the immediate application of the *lex fori* in other situations giving rise to a potential contrast with the essential values of the forum.

In this regard, it is worth noting that according to Article 10 of Regulation no. 1259/2010 (Rome III)<sup>63</sup>, the *lex fori* should apply any time “the law applicable pursuant to Article 5 or Article 8 makes no provision for divorce or does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex”.

Article 10 of Rome III Regulation shows that on some occasions the EU legislator has explicitly paved the way for a return to the *lex fori*. However, the structure of the cited provision also demonstrates that the EU legislator’s intention was to leave room for the application of the *lex fori* solely after the attempt to explore the other opportunities set forth by the rules considered has proven unsuccessful, i.e. solely after it has shown to be unfeasible to apply the designated law via the other existing connecting factors.

**44.** Accordingly, judicial authorities facing an issue raised by the successful invocation of the public policy defence should avoid resorting immediately to the *lex fori*; they should rather seek a more nuanced solution, which takes into consideration the specificities of the goals pursued by EU legislation in the area of judicial cooperation in family matters, as well as the techniques adopted for that purpose, namely conflict-of-law provisions designed to enable the reconciliation of competing interests.

<sup>61</sup> See, *supra*, par. 20 ff.

<sup>62</sup> See, *inter alia*, W. WURMNEST, “*Ordre public* (Public policy)”, in S. LEIBLE (eds.), *General Principles*, cit., p. 313 ff.; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’ordre public”, in T. AZZI, O. BOSKOVIC (eds.), *Quelle avenir pour la théorie générale des conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 169 ff.; F.M. WILKE, *A Conceptual Analysis*, cit., p. 262 ff.

<sup>63</sup> Regarding Article 10 of the Rome III Regulation, see B. HEIDERHOFF, “Article 10 – Application of the Law of the Forum”, in S. CORNELOUP (eds.), *The Rome III Regulation*, cit., p. 125 ff.; P. FRANZINA, “The law applicable”, cit., p. 121. See also F. M. WILKE, *A Conceptual Analysis*, cit., p. 258.

45. As already specified *supra*, under a second variant of the Latin approach, the *lex fori* is called on to play a role only after the unsuccessful operation of another connecting factor, which is either precisely meant to operate in the event that the public policy exception is raised<sup>64</sup>, or is in any case provided by the conflict-of-law rule.

The solution adopted by the Ukrainian legislator, namely to resort to the law of the country having the closest connection with the case, seems hardly convincing either. Indeed, it should be considered that proximity is *one* among the various goals pursued by the EU legislator when dealing with private international law in family matters. A solution to the issue of the subsidiarily applicable law which focuses solely on the closest connection between the law and the case at hand would risk disregarding the other coexisting political interests promoted by the EU.

46. Ultimately, despite the limited attention it has drawn<sup>65</sup>, the approach which consists in applying, subsidiarily, the law specified in accordance with other conflict-of-law rules governing the matter concerned seems to be the most consistent with the policies promoted by the EU legislator in cross-border family matters and enshrined in the already enacted conflict-of-law rules<sup>66</sup>.

A solution to the issue of the subsidiarily applicable law such as the one adopted by the Italian legislator in Article 16, par. 2 of Law no. 218/95 would pay due respect to the structure of and logic underlying the complex conflict-of-law rules enacted by the EU legislator. The scheme followed in the design of conflicts rules in family matters would indeed also later be applied in the event of a successful invocation of the public policy defence.

In such a scenario, the *lex fori* would be called to play a role only insofar as another connecting factor does not exist – which, as seen, is rather unlikely in the EU private international law context – or in the event that the other connecting factor specifically allows a resort to the *lex fori*. In other words, the *lex fori* would not be the overriding choice, but rather just one among the various choices of the applicable law apt to play a role under the functioning of bilateral conflict-of-law rules.

At the same time, such a solution should be also endorsed because it provides a solution to an issue raised by the operation of the conflict-of-laws rule, within the same conflicts rule.

Furthermore, resorting to the other connecting factors in order to identify the subsidiarily applicable law would be consistent with the aims the EU legislator purports to achieve. In particular, if this solution is adhered to, the values of autonomy, flexibility, proximity and foreseeability, already enshrined in the design of EU conflict-of-laws provisions in respect of family matters, would also inform the subsequent process, if any, after the operation of the public policy defence.

## VII. Conclusions

47. The present paper is aimed at portraying the current state of affairs regarding the issue of the effects of the successful invocation of the public policy defence, as well as endorsing and advocating the adoption of a response that is satisfactory from a European private international law perspective.

48. While the analysis has been conducted with a particular focus on the rules adopted by the EU legislator in the politically sensitive area of family law, the same reasoning and schemes can be extended to other areas belonging to the vast realm of judicial cooperation in civil matters.

49. Hence, an autonomous solution to the issue of identifying the subsidiarily applicable law after a successful invocation of the public policy defence would need to be consistent with the objectives pursued by the EU legislator, as well as with the private international law techniques adopted in order to fulfil them.

<sup>64</sup> This is the solution adopted by the Ukrainian legislator.

<sup>65</sup> As was already been specified *supra*, in the European context this technique is envisaged solely in the Italian Statute on Private International Law.

<sup>66</sup> See, *inter alia*, O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 69; P. FRANZINA, "The Law Applicable", cit., p. 125.

**50.** Accordingly, both approaches that do not ensure foreseeability and legal certainty and ones that entail immediate reference back to the *lex fori* should be discarded, in favour of a technique, such as the one adopted by the Italian legislator, designed to modulate and adapt the functioning of the public policy exception in accordance with a politically sensitive – rather than neutral – conception of the conflict of laws.

# GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL VS. ORDEN PÚBLICO EUROPEO

## SURROGACY: INTERNATIONAL PUBLIC POLICY VS. EUROPEAN PUBLIC POLICY

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 07.07.2021 / Aceptado: 19.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6310>

**Resumen:** En el presente trabajo se estudiará cuándo se activa el orden público internacional, en relación con los contratos de gestación por sustitución, tanto en España, como en los países de nuestro entorno, concretamente en Francia y en Italia.

Son Estados en los que, por un lado, existe una regulación que no permite la gestación por sustitución, como sucede en España, por lo que, en caso de que se lleven a cabo este tipo de prácticas en un Estado extranjero donde son válidas, es susceptible de que se active la excepción de orden público internacional de dichos Estados; pero que, por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en España, el orden público europeo está jugando un papel importante, para que sea posible el reconocimiento de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley, orden público internacional, orden público europeo, interés superior del menor.

**Abstract:** In this paper we will study when international public policy is activated, in relation to surrogacy, both in Spain and in neighboring countries, specifically in France and Italy.

These are States in which, on the one hand, there is a regulation that does not allow surrogacy, as is the case in Spain, therefore, in the event that this type of practice is carried out in a foreign State where they are valid, it is capable of activating the international public order exception of mentioned States; but that, on the other hand, unlike what happens in Spain, european public policy is playing an important role, so that the recognition of the parentage of minors in favor of the intended parents is possible.

**Keywords:** surrogacy, surrogate mothers, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, *lex fori*, filiation, Private international law, *Forum Shopping*, evasion of the law, international public policy, european public policy, interests of the child.

**Sumario:** I. Introducción. II. Orden público internacional en España en relación con la gestación por sustitución. 1. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. A) El orden público internacional español. B) El principio de “interés superior del menor”. 2. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. 3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 27 de abril de 2021. III. Orden público internacional en Francia en lo referente a la gestación por sustitución. 1. Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Mennesson* y *Labassee*. A) El derecho al respeto a la “vida privada y familiar”. B) Concepción restrictiva y específica de “orden público inter-

nacional”. 2. Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019. IV. Orden público internacional en Italia en materia de gestación por sustitución. 1. El orden público internacional italiano. A) El principio de “interés superior del menor”. B) El grado de apreciación de los Estados. 2. Orden público internacional vs. principios internacionales del CEDH. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Desde hace varios años se aborda el tema del orden público europeo, como consecuencia de la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>1</sup>. Lo cual, ha provocado que nos planteemos la cuestión de la existencia de un orden público europeo, y lo que es más importante, qué características lo conforman, de manera que pueda afirmarse, con rotundidad, que estamos en presencia de un orden público europeo con contornos propios, diferente del orden público internacional de cada Estado.

Pues que el orden público europeo es diferente del orden público internacional de cada Estado miembro, efectivamente es algo aceptado por la mayor parte de la doctrina<sup>2</sup>. Pero entonces surge la disyuntiva de en qué supuestos el orden público europeo va a prevalecer sobre el orden público internacional del Estado miembro en cuestión, al menos en relación con la jurisprudencia más reciente.

2. Así, por ejemplo, la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 2018, en el asunto Coman y otros, ha reforzado la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo contraídos en el territorio de la Unión, aseverando que también posee la cualidad de “cónyuge” la pareja del ciudadano de la Unión, de su mismo sexo, que haya contraído matrimonio en cualquiera de los Estados miembros conforme a su legislación civil<sup>3</sup>. En este sentido, se ha establecido el alcance del concepto de “cónyuge”, de forma que no se restrinja la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo, a pesar de que, en Rumanía, la celebración de este tipo de matrimonios no está permitido y atenta contra el orden público internacional de dicho Estado cualquier efecto que pudiese desplegar.

Así pues, el TJUE considera que el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo, únicamente con el objeto de conceder un derecho de residencia –que es lo que se demandaba en el litigio principal- no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro afectado<sup>4</sup>. No se trata de que Rumanía contemple la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que se limite a reconocer tales matrimonios, contraídos de forma válida en otro Estado miembro

<sup>1</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, “La incidencia de las modalidades del reconocimiento de decisiones en el Espacio Judicial Europeo en la dualidad Orden Público Nacional/Orden Público Europeo”, *AEDIPr*, vol. 9, 2009, pp. 169-199, esp. p. 187; J. KRAMBERGER SKERL, “European Public Policy (With an Emphasis on Exequatur Proceedings)”, *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 461-490, esp. pp. 462-463; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?, en N. BOUZA I VIDAL/ C. GARCÍA I SEGURA/ A.-J. RODRIGO HERNÁNDEZ, P. PAREJA ALCARAZ (coords.), *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 146-, 181, esp. pp. 146-149.

<sup>2</sup> A.-V.-M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le ‘développement du droit international privé’”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 232, 1992, pp. 274 ss.; M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 253, 1995, pp. 255-257; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, pp. 901-942.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?, en N. BOUZA I VIDAL/ C. GARCÍA I SEGURA/ A.-J. RODRIGO HERNÁNDEZ, P. PAREJA ALCARAZ (coords.), *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 148.

<sup>3</sup> STJUE 5 julio 2018, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16 (ECLI:EU:C:2018:385).

<sup>4</sup> STJUE 5 julio 2018, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16 (ECLI:EU:C:2018:385), apartado 46.

de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que se derivan del Derecho de la Unión<sup>5</sup>.

3. En este mismo sentido, y en relación con la gestación por sustitución –que es el tema que nos ocupa en el presente trabajo–, en otras dos sentencias del 2014, asuntos *Menesson y Labassee*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos situó la protección del principio del “interés superior del menor” por encima de cualquier otro principio, incluso por encima del orden público internacional del país en cuestión, en este caso del Estado francés<sup>6</sup>.

En ambos asuntos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es partidario de una concepción restrictiva y específica del orden público internacional: a) restrictiva en el sentido de que sólo se podrá denegar la inscripción de la filiación de los menores nacidos bajo un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes si se prueba que el menor ha sido objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que prestó sus servicios con ánimo de lucro o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios por una situación de pobreza, entre otros; y b) específica, porque las circunstancias anteriores sólo pueden valorarse en el caso concreto, pues en toda intervención de orden público los datos del caso son relevantes<sup>7</sup>.

4. En definitiva, cada Estado ha establecido su propio orden público internacional, definido este como el conjunto de principios fundamentales que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de ese país. Sin embargo, dicho orden público internacional de un Estado puede estar en contradicción con los principios que protege el Derecho de la Unión Europea, como es el Derecho a la “libre circulación de personas”, el Derecho a un “nombre y apellidos únicos” o el Derecho al “respeto a la vida privada y familiar”; de forma que una situación jurídica que ha sido creada y es válida en un Estado miembro, cuando cruza la frontera de dicho Estado, no es reconocida en otros Estados miembros.

Si bien, es importante señalar el contenido del orden público europeo, también adquiere especial relevancia cuáles han de ser los límites del orden público internacional de los Estados miembros, a raíz de la jurisprudencia más reciente tanto del TJUE como del TEDH.

5. Aunque en el presente trabajo se abordará el orden público europeo en relación con la gestación por sustitución, tras dicho análisis, podremos dar una respuesta aproximada a las cuestiones planteadas. Es precisamente en relación con los contratos de gestación por sustitución, en donde ha podido observarse en los últimos años, la existencia de un orden público europeo, en principio diferente del orden público internacional de los Estados miembros.

Para ello, se estudiará cuándo se activa el orden público internacional, en relación con los contratos de gestación por sustitución, tanto en España, como en los países de nuestro entorno, concretamente en Francia y en Italia. Son Estados en los que, por un lado, existe una regulación que no permite la gestación por sustitución, como sucede en España, por lo que, en caso de que se lleven a cabo este tipo de prácticas en un Estado extranjero donde son válidas, es susceptible de que se active la cláusula de orden público internacional de dichos Estados; pero que, por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en España, el orden público europeo está jugando un papel importante, para que sea posible el reconocimiento de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes. En el caso de Italia concretamente, en abril del 2020, se planteó ante el Tribunal Constitucional italiano la cuestión de si la

<sup>5</sup> STJUE 5 julio 2018, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16 (ECLI:EU:C:2018:385), apartado 45.

<sup>6</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908), apartados 63 y 82; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905), apartados 60-61.

<sup>7</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 169-173; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 94-95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1895-1896.

interpretación que se ha venido haciendo por parte de los tribunales italianos –de no reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes porque atenta contra el orden público italiano– es coherente con la Constitución italiana<sup>8</sup>.

## II. Orden público internacional en España en relación a la gestación por sustitución

6. Para entender cuándo se activa la cláusula de orden público internacional español en materia de gestación por sustitución, se explicará el conocido caso de los “niños de California”. En relación con el mismo, el Tribunal Supremo, por medio de Auto de fecha 2 de febrero de 2015, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones que se planteó frente a la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, dictaminó –en el mismo sentido en que lo hizo en la sentencia del 2014–, que no se había producido una vulneración del derecho a la identidad, ni del derecho al respeto de la vida privada de los menores nacidos por maternidad subrogada, como consecuencia de la no inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil<sup>9</sup>.

En este asunto, como la legislación española prohíbe los contratos de gestación por sustitución, el Tribunal Supremo situó al orden público internacional español por encima del principio del “interés superior del menor”, recogido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que fue alegado por los padres comitentes<sup>10</sup>.

7. Sin embargo, una Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021, en el que el asunto era la determinación de la filiación de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución, ha venido a situar el principio del interés superior del menor por encima del orden público internacional español; si bien se deben tener en cuenta las circunstancias concretas del asunto en cuestión<sup>11</sup>.

### 1. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

8. Dicha sentencia resuelve el famoso y mediático caso de los “niños de California”, nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución, descrito de este modo porque como consecuencia de la jurisprudencia generada, la doctrina se halla dividida en relación al mismo<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>9</sup> Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141). En el auto, el TS también estableció la improcedencia de la vulneración de los tres derechos fundamentales alegada por los recurrentes, al señalar la ausencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación y del derecho a la intimidad familiar.

<sup>10</sup> *Vid.* art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

<sup>11</sup> SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>12</sup> *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, n.º 3 (Tribuna), Aranzadi-Westlaw, Pamplona, 2009, pp. 1-2; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, n.º 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, pp. 1-42; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, n.º 2, octubre 2009, pp. 294-319; *Id.*, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, pp. 247-262; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 1-102; E. CORRAL GARCÍA, “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 744, 2014, pp. 1910-1923; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp. 897-934; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de

Este caso es el de una pareja formada por dos varones de nacionalidad española y con residencia habitual en España, que se casaron en el año 2005. Éstos se trasladan a San Diego (California), y allí realizan un contrato de gestación por sustitución, en virtud del cual la madre gestante dio a luz a gemelos, dos niños, el 24 de octubre de 2008, a cambio de lo cual recibió una contraprestación económica<sup>13</sup>. La mujer fue inseminada artificialmente con el material genético de los dos hombres, de manera que se dan las circunstancias de que, además de los padres comitentes son los padres biológicos de los dos menores<sup>14</sup>.

Una vez nacidos los menores, se dicta la resolución judicial que determina la filiación a favor de los padres comitentes, lo que les permite obtener la certificación registral extranjera en la que se constata: por una parte, la inscripción de los menores y, por otra, la filiación determinada a favor de dicho matrimonio<sup>15</sup>. Es importante señalar que en dicha certificación registral se constatan ambos términos, al igual que en la Resolución de la DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado) de 18 de febrero de 2009, dictada como resultado de la solicitud de inscripción en España de los aspectos recogidos en dicha certificación extranjera<sup>16</sup>.

En dicha Resolución del 2009, la DGRN, actualmente renombrada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, estima que la autoridad extranjera ha constatado la realidad de unos hechos que, en lo referido a la gestación por sustitución, incluye el nacimiento del bebé, la entrega del mismo, la renuncia de la parte gestante y la determinación de la filiación a favor de la parte comitente<sup>17</sup>. Sin embargo, existen autores que consideran que la DGRN parece olvidarse de que tal realidad jurídica

---

la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 5-49; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 147-174; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 45-113; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, pp. 1-24; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1865-1903.

<sup>13</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, nº 3 (Tribuna), Aranzadi-Westlaw, Pamplona, 2009, p. 1; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 4; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, p. 295; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 920; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 8.

<sup>14</sup> La afirmación de que los menores son hijos biológicos de la pareja ha sido realizada por diversos autores (*vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 5; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, p. 297). Sin embargo, el Tribunal Supremo en respuesta al recurso de casación planteado por los padres comitentes, así como en un Auto posterior, señala que no ha resultado probado que alguno de los padres comitentes aportara sus gametos, ya que aunque sí que se menciona en las alegaciones, sin embargo, no se concreta cuál de los padres lo habría aportado, ni menos aún se prueba cuál es el padre biológico de cada uno de los niños (STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141)). Así también lo constata L. ÁLVAREZ DE TOLEDO al afirmar que “cuando, al hilo de las valiosas –pero objetables– enseñanzas del Tribunal Supremo, sostengamos nuestra opinión fundada acerca de si es contraria al orden público internacional español, la decisión extranjera de inscribir un niño como hijo de quienes, ni lo han alumbrado, ni consta con certeza hayan participado con sus propios cuerpos en el proceso biológico de la concepción, la gestación y el parto” (L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 9).

<sup>15</sup> A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 8.

<sup>16</sup> Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2104 (Fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009).

<sup>17</sup> A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 8.

se sustenta en la decisión judicial californiana que establece la filiación, y esta no se acompaña<sup>18</sup>. Por lo tanto, dichos autores señalan que habría tenido que exigirse el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad, dada la relación de causa-efecto existente entre ambos documentos, requisito que finalmente se incluyó en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>19</sup>.

Pero lo más relevante de la misma, es que para la DGRN dicha solución no vulnera el orden público internacional, evita la discriminación y protege el interés superior del menor. Por supuesto, la DGRN añade que el principio de “interés superior del menor” debe estar por encima de cualquier otra consideración<sup>20</sup>.

9. Sin embargo, el Ministerio Fiscal impugnó dicha resolución porque se infringía el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución venía determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico<sup>21</sup>. Consideraba el Ministerio Fiscal que el contenido de la resolución de la DGRN era contrario al orden público internacional español y que, por tanto, no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada<sup>22</sup>.

Tras varias vicisitudes y batallas judiciales y registrales, finalmente los padres recurren ante el Tribunal Supremo, solicitando la inscripción de la certificación registral californiana de nacimiento de los niños a favor de los padres comitentes. Se debe añadir que se dictaron distintas resoluciones y sentencias en torno al mismo, en las que la filiación y la inscripción de la filiación son determinadas de manera diferente en función del órgano o tribunal que conoce del asunto.

Sin embargo, los magistrados del Tribunal Supremo, en su Sentencia del 6 de febrero de 2014, resolvieron en el mismo sentido que lo hizo tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Valencia<sup>23</sup>.

## A) El orden público internacional español

10. En los antecedentes del caso, ya señala el Alto Tribunal que los recurrentes no han aportado al proceso, ni el contrato de gestación por sustitución, ni la sentencia del tribunal californiano atribuyendo la paternidad a los padres comitentes, aunque estos han admitido en sus alegaciones la existencia de dicho contrato, así como la existencia de la sentencia californiana, exigida por el Código de Familia de California<sup>24</sup>.

El Tribunal Supremo acierta al señalar que la técnica jurídica que se debe utilizar no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, puesto que existe ya una decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil de California, cuando se inscribió el nacimiento de los niños y se determinó

<sup>18</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 14.

<sup>19</sup> *Vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, pp. 13-15.

<sup>20</sup> FD V Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2104 (Fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009). *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, pp. 310-315.

<sup>21</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006. En adelante, se denominará Ley 14/2016. La gestación por sustitución o maternidad subrogada no se admite en nuestra legislación, al igual que sucede con otras figuras jurídicas como son los matrimonios poligámicos, los cuales son válidos en otros ordenamientos, pero no lo son en el ordenamiento español. *Vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, nº 1, marzo 2018, pp. 94-126.

<sup>22</sup> FD I.4 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>23</sup> STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). *Vid.* SJPI Valencia (núm. 15) núm. 193/2010 de 15 septiembre (AC\2010\1707); SAP Valencia núm. 826/2011 de 23 noviembre (AC\2011\1561).

<sup>24</sup> FD I.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

una filiación a favor de los padres comitentes, de acuerdo con las leyes californianas. La cuestión a resolver, según señala el Tribunal Supremo, es si esa decisión extranjera puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes, en el sistema jurídico español<sup>25</sup>.

Efectivamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California<sup>26</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo señala que este problema no ha sido planteado a lo largo del litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones importantes que son objeto del recurso<sup>27</sup>.

**11.** La forma en que el Tribunal Supremo ha procedido al reconocimiento del título extranjero, es la prevista en el art. 85 RRC (Reglamento de la Ley del Registro Civil) en relación al último inciso del art. 81 RRC<sup>28</sup>. El control consiste en que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, “de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”<sup>29</sup>. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española, tal y como lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil (LRC), al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados<sup>30</sup>. Así que en principio, según el Tribunal Supremo, el control no debe limitarse a los aspectos formales, sino que tiene que extenderse a cuestiones de fondo<sup>31</sup>. Sin embargo, la remisión a la “ley española” ha de entenderse efectuada al orden público internacional español<sup>32</sup>.

Dentro del orden público internacional español están las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, y dentro de ella, los que sostienen la filiación, pero también el art. 10 Ley

<sup>25</sup> FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). *Vid.* L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 15; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 67-69; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1889.

<sup>26</sup> En este sentido, los profesores A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ señalan que el Tribunal Supremo no exige una sentencia para conseguir la inscripción de los menores en el Registro Civil, si bien lo que dice el Tribunal Supremo es que las partes no aportan la sentencia californiana para lograr el reconocimiento de la sentencia, así que no entran a valorar esta cuestión, sino que se centran en el objeto del recurso (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 53). El hecho de que no sea necesaria la sentencia extranjera donde consta la filiación de los menores, para lograr la inscripción en el Registro Civil español, en contra de lo señalado por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, ha sido aplaudido por parte de la doctrina (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 157; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 69; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1889-1890.

<sup>27</sup> FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>28</sup> *Vid.* arts. 81 y 85 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

<sup>29</sup> FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>30</sup> Art. 23 de la vigente Ley del Registro Civil (Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, BOE núm. 151, 10 junio 1957). La nueva Ley del 2011 no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2020.

<sup>31</sup> FD III.3 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). En este sentido, se parece bastante a la solución adoptada por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 sobre este mismo asunto.

<sup>32</sup> FD III.4 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 157.

14/2006, que es la norma que regula la gestación por sustitución, forma parte del orden público internacional español<sup>33</sup>. El art. 10.2 establece que la filiación de los menores vendrá determinada por el parto, de forma que es la madre californiana, la madre gestante, a la que las normas españolas le atribuyen la filiación de los menores y la que debería aparecer en la certificación registral californiana.

En consecuencia, la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine<sup>34</sup>.

## B) El principio de “interés superior del menor”

12. Finalmente, antes de establecer las costas y el fallo de la sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posible vulneración del interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y que alegan las partes<sup>35</sup>.

Señala al respecto el Alto Tribunal que este principio sirve para complementar las leyes, tanto en su aplicación como en su interpretación, de forma que la filiación deberá determinarse no sólo en atención a este principio sino también teniendo siempre presente la legislación del Ordenamiento Jurídico correspondiente. Es decir, la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada que se realice quebrantando las normas también supone un perjuicio para el menor<sup>36</sup>. Por lo tanto, el principio de interés superior del menor no es el único que se debe tener en consideración, sino que se deben tener en cuenta otros principios como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación<sup>37</sup>.

13. Según el Tribunal Supremo, los menores no ven vulnerado su derecho a una identidad única, porque no tienen una vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los padres comitentes se trasladan allí porque era posible celebrar un contrato de maternidad subrogada<sup>38</sup>. En las sentencias internacionales que se citan para apoyar la vulneración del interés superior de menor, *García Avello* y *Grunkin-Paul*, el Tribunal Supremo señala que los menores sí que tenían una vinculación efectiva con dos Estados distintos, como consecuencia de la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el país de residencia del país de nacionalidad<sup>39</sup>.

Pero, además, para el Tribunal Supremo el bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los apellidos, es de “*mucha menor importancia*” que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

<sup>33</sup> Estos principios fundamentales que deben protegerse son: la dignidad de la persona (art. 10 CE), tanto de la mujer gestante como del hijo; la protección de la infancia (art. 39 CE); el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE); y el derecho a la integridad moral (art. 15 CE). *Vid.* FD III.5 y FD III.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). También es considerado un acierto por parte de la doctrina que el art. 10 Ley 14/2006 no se haya aplicado como una norma internacionalmente imperativa, sino como una norma que forma parte del orden público internacional español (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 70-71).

<sup>34</sup> FD III.11 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>35</sup> FD V STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). En cuanto a que la denegación de la inscripción de nacimiento y filiación a favor de dos varones resulta discriminatorio (art. 7.3 Ley 14/2006), el Tribunal Supremo establece que no lo es porque la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio (FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)). Argumento que también fue utilizado por los padres comitentes en los recursos presentados ante las instancias inferiores y fue rebatido en el mismo sentido. *Vid.* art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

<sup>36</sup> FD V.8 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>37</sup> FD V.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>38</sup> FD V.9 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>39</sup> *Vid.* STJUE 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02 (ECLI:EU:C:2003:539); STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06 (ECLI:EU:C:2008/559).

ción. Todo ello, a pesar de que la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009, había señalado que el derecho a la identidad única del menor implica exigir que el nombre y apellidos, así como la filiación de un menor, otorgados en un Estado sean respetados por el Derecho de los demás Estados<sup>40</sup>.

**14.** Con la denegación del reconocimiento de la filiación establecida por autoridades californianas tampoco se vulnera el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH, tal y como señala el Tribunal Supremo<sup>41</sup>.

En la jurisprudencia del TEDH, *Wagner y otro c. Luxemburgo*, se justifica la intromisión en el derecho a la vida privada y familiar, porque: por un lado, está prevista en la ley, ya que en el reconocimiento de decisiones extranjeras se exige que no se vulnere el orden público internacional; y por otro lado, porque se protege el propio interés del menor, se respeta a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, se evita la explotación de mujeres jóvenes en situación de pobreza, o se impide la mercantilización de la gestación y de la filiación<sup>42</sup>.

**15.** La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores, alegada por los padres comitentes<sup>43</sup>. Sin embargo, esta protección debe realizarse teniendo en cuenta las normas españolas, así como la jurisprudencia que las interpreta.

En este sentido, el TEDH, al interpretar el art. 8 del Convenio, es decir, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, señala que si existe una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar para permitir que ese vínculo se desarrolle y para proteger la integración del niño en su familia, tal y como se recoge en las sentencias *Wagner y otro contra Luxemburgo* y *Harroudj contra Francia*<sup>44</sup>. Pero, siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDH, si el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

El Tribunal Supremo señala además que en el ordenamiento español existen diversas instituciones que permiten el desarrollo y la protección de estos vínculos. En primer lugar, el art. 10.3 de la Ley 14/2006, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los recurrentes lo fuera<sup>45</sup>. En segundo lugar, señala el Tribunal Supremo “*figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar*”.

Por último, el Tribunal Supremo establece que, de conformidad con el art. 7.1 de la CDN, el niño ha de ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a una nacionalidad, por lo que la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California afectará exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

**16.** Concluye el Tribunal Supremo, que no se consigue garantizar la protección del interés de los menores, mediante la celebración de un contrato de gestación por sustitución y a través de la filiación a favor de los padres comitentes que prevé la legislación de California; sino que habrá que partir, si es verdad que esto es así, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer californiana que les

<sup>40</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, pp. 312-314.

<sup>41</sup> FD V.10 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>42</sup> STEDH 28 junio 2007, *Wagner y otro c. Luxemburgo*, 76240/01 (JUR\2007\147388).

<sup>43</sup> FD V.11 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>44</sup> STEDH 28 junio 2007, *Wagner y otro c. Luxemburgo*, 76240/01 (JUR\2007\147388); STEDH 4 octubre 2012, *Harroudj c. Francia*, 43631/09 (TEDH\2012\89).

<sup>45</sup> El TS recuerda que el objeto del recurso no era adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los padres comitentes, sino el reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También señala que no ha quedado probado si alguno de los comitentes aportó sus gametos, puesto que, aunque se menciona en las alegaciones, ni se concreta cuál de ellos los habría aportado, ni menos aún se prueba cual sería el padre biológico de cada uno de los menores (FD V.11 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

dio a luz, de la existencia en la actualidad de un núcleo familiar formado por los menores y los padres comitentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores<sup>46</sup>.

Teniendo en cuenta la interpretación que el TEDH ha realizado del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), el Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal, a que “*ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”*”<sup>47</sup>. Lo cual implica determinar primero, si alguno de los padres comitentes es el padre biológico, y segundo, proceder a la adopción o al acogimiento para lograr la protección de los vínculos familiares que ya existen “de facto” entre los menores y sus padres.

17. No obstante, con independencia del voto particular que viene a dar la razón a los recurrentes, parte de la doctrina opina que en la sentencia del 6 de febrero de 2014 el Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta “el interés superior del menor”, sino que al contrario, el principio del “interés superior del menor” no es “superior”, sino “inferior”, ya que hay otros intereses que prevalecen sobre el mismo<sup>48</sup>. La doctrina señala que es un acierto por parte del Tribunal Supremo la admisión de que el núcleo social formado por los padres comitentes españoles y los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución constituyen una “familia” y así debe ser calificado. Esta familia merece una protección por parte del sistema jurídico español, pues así lo indica el art. 39 CE<sup>49</sup>.

## 2. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

18. Se debe destacar que la sentencia del Tribunal Supremo es anterior a las sentencias de los asuntos *Menesson* y *Labassee* dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –que serán explicadas posteriormente y en las que se obliga a Francia al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos en el extranjero por medio de un contrato de gestación por sustitución–, con una diferencia de alrededor de cuatro meses, por lo que la doctrina del TEDH recogida en ambas sentencias, dictadas el 26 de junio de 2014, no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal Supremo, en su sentencia sobre los “niños de California” de 6 de febrero de 2014.

Sin embargo, las sentencias del TEDH fueron muy importantes y han tenido una influencia en el resto de países como Italia que también prohíben y sancionan la gestación por sustitución, tal y como lo hacen la normativa francesa y española. Tal es así, que la DGRN dictó con fecha 11 de julio de 2014 una Circular por la que se reconocía plena validez y vigencia a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 en aras a la protección del interés superior del menor, practicándose las inscripciones por los encargados del Registro Civil conforme a las directrices fijadas en la Instrucción<sup>50</sup>. En este sentido, la DGRN desarrolló, mientras se resolvía el litigio sobre los “niños de California”, una Instrucción sobre

<sup>46</sup> Concretamente el art. 10.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, 27 mayo 2006), permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los recurrentes lo fuera.

<sup>47</sup> FD V.12 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>48</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 30-33; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 74. Para un análisis del “interés inferior del menor” *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 78-92.

<sup>49</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 70; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1890.

<sup>50</sup> A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 13; M.-J. CABEZUDO BAJO, “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado por el Estado de California”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, Dykinson, nº 46, enero-junio 2017, p. 109.

régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, con fecha del 5 de octubre de 2010<sup>51</sup>. Dicha Instrucción en la práctica, exige que los interesados obtengan una sentencia judicial extranjera en la que conste la filiación de los menores a favor de los padres comitentes. Esta sentencia debe presentarse para su *exequatur* en España, que se rige por los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, por los arts. 41-61 LCJIMC (Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil)<sup>52</sup>.

19. Además, los padres comitentes de los “niños de California” presentaron un incidente de nulidad actuaciones contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014, por haberse vulnerado tres derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad sin discriminación y el derecho a la intimidad familiar. Pero antes de resolverse el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra dicha sentencia por los padres comitentes, el TEDH dictó las sentencias de los casos *Mennesson* y *Labassee*.

Dada la transcendencia jurídica de dicha jurisprudencia, el Tribunal Supremo consideró que el incidente de nulidad de actuaciones era el medio más idóneo para valorar si se había producido una vulneración de los derechos fundamentales conforme a la interpretación realizada de los mismos por parte del TEDH<sup>53</sup>. Además, se acordó dar traslado a las partes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con los pronunciamientos de las referidas sentencias. Los recurrentes, una vez que señalaron la transcendencia de las sentencias de los casos *Mennesson* y *Labassee*, subrayaron que el TEDH, en estas sentencias: “*critica específicamente las soluciones que otorgan los tribunales franceses a los litigantes: reconocimiento de paternidad, adopción, o notoriedad de estado. Es decir, las mismas soluciones que se sugiere a los litigantes españoles. La crítica versa sobre la grave restricción sobre la identidad y el derecho fundamental a la vida privada de los menores*”<sup>54</sup>.

20. Así pues, el Tribunal Supremo, por medio de Auto de fecha 2 de febrero de 2015, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones que se planteó frente a la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 dictaminó, que a diferencia de lo ocurrido con las sentencias del TEDH, casos *Mennesson* y *Labassee*, no se había producido una vulneración del derecho a la identidad, ni del derecho al respeto de la vida privada de los menores por su no inscripción en el Registro Civil español<sup>55</sup>.

El Tribunal Supremo señala que en los casos *Mennesson* y *Labassee*, lo que lleva al TEDH a considerar vulnerado el art. 8 del CEDH, en lo relativo al derecho a la vida privada de los menores, es que el ordenamiento francés, considerando que existe un fraude a la ley, no permita el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción, posesión de estado), y sobre todo, que no admita el reconocimiento de la filiación paterna biológica<sup>56</sup>. Según el TEDH, el que los tribunales franceses protejan intereses legítimos como la protección de la salud y la protección de los

<sup>51</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, 7 octubre 2010.

<sup>52</sup> Arts. 41-61 Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015. Se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera, siempre y cuando se trate de un procedimiento jurisdiccional contencioso. Sin embargo, si la resolución extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, no será necesario acudir a un procedimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral, sino que el Encargado del Registro Civil deberá proceder a controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución judicial, que consistirá en acreditar varios extremos. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 249; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 87.

<sup>53</sup> FD VI.1 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ2015\141).

<sup>54</sup> FD. VI.9 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ2015\141).

<sup>55</sup> Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ2015\141).

<sup>56</sup> Para el Tribunal Supremo, los recurrentes se equivocan en la interpretación de las sentencias del TEDH (FD. VI.9 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ2015\141)).

derechos y libertades de los demás (tanto del niño como de la madre gestante, según el ordenamiento jurídico francés), provoca que no se cumpla con el interés superior del menor, que trae consigo una incertidumbre que afecta tanto a su identidad, de la que la filiación es un aspecto fundamental, como a la posibilidad de adquirir la nacionalidad francesa y de heredar como hijo, por lo que “*el Estado francés habría ido más allá del margen de apreciación de lo que es necesario para una sociedad democrática que le concede el art. 8 del CEDH*”<sup>57</sup>. En lo relativo al margen de apreciación del Estado francés, se volverá a incidir al tratar los asuntos *Menesson* y *Labassee* en el epígrafe correspondiente.

No obstante, el Alto Tribunal entiende que en las sentencias europeas se planteaba un supuesto distinto al que se dio en España, puesto que las resoluciones de nuestro país permitían la determinación de la filiación paterna de los padres comitentes, si efectivamente habían aportado el material genético, así como la adopción o acogimiento por parte del otro cónyuge, si se verificaba que de los padres comitentes y los niños formaban un núcleo familiar “de facto”; lo cual no fue permitido por los tribunales franceses<sup>58</sup>. También se reconocía la nacionalidad española de los menores, así como todos los derechos sucesorios correspondientes –eso sí una vez determinada la filiación conforme a las leyes españolas–, a diferencia de los supuestos franceses<sup>59</sup>.

**21.** Con este auto, el Tribunal Supremo resuelve que, conforme al ordenamiento jurídico español, los padres comitentes no pueden ser considerados nunca como padres de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, al ser un contrato nulo de pleno derecho según el art. 10 de la Ley 14/2006. En primer lugar, la paternidad biológica es la cuestión decisiva que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español y todo ello en aras del interés superior del menor.

En segundo lugar, el otro aspecto fundamental es el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar “de facto” en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo mediante la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye (art. 176 del Código Civil). Esta cuestión no ha sido la planteada en el proceso, cuestión que sí se resolvía en los asuntos *Menesson* y *Labassee*<sup>60</sup>.

**22.** Por su parte, el voto particular recogido en dicho Auto del Tribunal Supremo considera que los niños están creciendo en un entorno familiar, con independencia de la nulidad del contrato y que, en este sentido, no están recibiendo una protección especial. Esto provoca una serie de consecuencias que son: (a) Se genera y seguirá generando incertidumbre jurídica mientras no se de respuesta a su solicitud de inscripción; (b) El modelo de protección actual tiene el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente; (c) Cuando se está admitiendo la maternidad subrogada a través de circulares o instrucciones de la DGRN, que convierten la excepción de orden público en una cuestión formal<sup>61</sup>. Desde luego, no podemos estar más de acuerdo con el voto particular de dicho auto.

Por otro lado, a pesar de lo establecido por el Tribunal Supremo, tanto en el Auto de 2 de febrero de 2015, como en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, la prestación por maternidad reconocida a los padres comitentes viene a dar ciertos efectos jurídicos a unos contratos que son nulos de pleno derecho. Cabe destacar otra Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2016, que fue pionera en el sentido de reconocer la prestación de maternidad para los padres de los menores nacidos por maternidad subrogada<sup>62</sup>. Esta resolución deja claro que la situación de los menores y, en concreto, sus derechos, no se pueden ver afectados por la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Además, el Tribunal Supremo en esta sentencia del 2016 entiende que el principio del interés superior del menor debe in-

<sup>57</sup> FD. VI.9 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141).

<sup>58</sup> FD. VI.10 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141).

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> Desde luego la solución ofrecida no es rápida, porque hasta que no se determine la filiación de la forma prevista por el Tribunal Supremo, los menores no tendrán la nacionalidad española, ni derechos sucesorios como hijos (FD. VI.10 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141)).

<sup>62</sup> STS (Sala de los Social) núm. 953/2016 de 16 noviembre (RJ\2016\6152).

terpretarse para colmar las lagunas que puedan existir en nuestra legislación, haciendo referencia a la sentencia dictada el 6 de febrero de 2014.

Por último, en este mismo sentido, debe destacarse una sentencia reciente que falla de forma contraria al Tribunal Supremo, pero de conformidad con la línea interpretativa mantenida por el TEDH.

### 3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 27 de abril de 2021

**23.** Se trata de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 27 de abril de 2021, que ha permitido que una mujer inscriba como hija suya a una niña gestada a través de un contrato de gestación por sustitución en Rusia<sup>63</sup>.

La Sala confirma la filiación materna de una menor que nació en Moscú de una mujer rusa, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que la niña carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera, que era la madre comitente.

**24.** Con el fin de cumplir con los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y poder realizar la inscripción de la filiación de la menor a su favor, la mujer española, demandó a los tribunales rusos, para obtener una sentencia que acreditara dicha filiación. Sin embargo, la madre comitente, vio desestimada su demanda ante los tribunales rusos, que no reconocieron la filiación de la menor a favor de la demandante, porque ya poseía una certificación de nacimiento en la que constaba como madre de la menor, que se había efectuado de acuerdo con la legislación rusa y que hacía innecesaria su intervención<sup>64</sup>.

En este sentido, la demandante acierta al iniciar una acción de filiación *ex novo*, puesto que no pudo obtener una sentencia rusa en la que constara la filiación y solicitar su reconocimiento, mediante la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010. A pesar de que, de forma errónea, la demanda es estimada con base en la citada Instrucción y añade el tribunal que considera posible y procedente una aplicación atenuada del orden público español de acuerdo con el principio de preservación del superior interés del menor<sup>65</sup>. Se equivoca en los argumentos para admitir la demanda, en primer lugar, porque la Instrucción de la DGRN está prevista para procedimientos de reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero en los supuestos en que además de la certificación registral extranjera, se debe aportar la sentencia.

En segundo lugar, porque la interpretación que hace del orden público atenuado es diferente de la que hace el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2014. Señalaba el Tribunal Supremo en el asunto de los “niños de California” que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, donde el grado de atenuación es menor, cuantos mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En dicho caso, como el supuesto tenía fuertes vínculos con España, porque en California sólo se llevó a cabo el contrato de maternidad subrogada, el orden público internacional español no podía “atenuarse”<sup>66</sup>. Si bien, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo está confundiendo el orden público internacional “atenuado” con el orden público internacional de “proximidad”<sup>67</sup>. No obstante, si tuviéramos en cuenta la interpretación del Tribunal Supremo en el

<sup>63</sup> SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>64</sup> FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>65</sup> FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>66</sup> FD III.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>67</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 19-20. En relación con el orden público internacional de proximidad *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 91. También, A. QUIÑONES ESCÁMEZ confunde o quizás mezcla el orden público internacional atenuado –que distingue efectos nucleares de periféricos– con el de proximidad (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 19).

asunto de la gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia procedería la misma solución que en el caso de los “niños de California, de forma que no podría aplicarse un orden público atenuado, porque el supuesto tiene fuertes vínculos con España y en Rusia únicamente se ha llevado a cabo el contrato de gestación por sustitución.

**25.** En cualquier caso, la demandante lo que hizo es iniciar una acción de filiación, alegando entre otros argumentos posesión de estado. Si bien la posesión de estado fue rechazada por la Audiencia Provincial, porque, aunque ésta quedó acreditada por los hechos que se relatan, no bastaba por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 del Código Civil, porque contravenía lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006. Este argumento es un error del juez, puesto que, al tratarse de una filiación internacional, no procede la aplicación directa de la norma sustantiva española, sino que es de aplicación, el art. 9.4 CC, que es la norma de conflicto que regula la filiación internacional. Sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la ley española, podría ser de aplicación la ley española y aplicar así la Ley 14/2006, como efectivamente sucede en este caso, pues la niña tiene su residencia habitual en España, que es el primer punto de conexión del art. 9.4 CC.

En cualquier caso, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, tras un análisis de la doctrina del Tribunal Supremo y del TEDH, especialmente de lo señalado en el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 concluye que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, tiene que haber un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. No obstante, este derecho no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro, sino que la adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita tomar rápidamente una decisión; de modo que el niño no se encuentre durante un largo periodo de tiempo en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación; debiendo incluir estas condiciones una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso<sup>68</sup>.

Aunque el TEDH es consciente de los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación por sustitución y la posibilidad de conocer el origen de la persona, termina concluyendo que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como de asegurar que el menor crezca y se desarrolle en un entorno estable. Son estas las razones por las que el Tribunal considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño<sup>69</sup>.

**26.** Sin embargo, en el caso sometido a la consideración de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, no es posible acogerse a las vías sugeridas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 para establecer la filiación entre la demandante y la menor, puesto que no existe padre biológico de la menor que sea pareja de la madre comitente y que, por tanto, pudiese reclamar la filiación, adoptando a la niña. Tampoco puede acudir a la adopción, puesto que existe una diferencia de edad entre la menor y la madre comitente de casi cuarenta y siete años, que excede la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado establecida imperativamente en el art. 175.1 del CC (cuarenta y cinco años). Y tampoco podría acogerse a las excepciones recogidas en el art. 176.2 del CC, concretamente la tercera, porque la menor no se encuentra en situación de guarda con fines de adopción, ni la figura de la tutela resulta compatible con la realidad de la situación familiar existente, vivida por la niña junto con su madre comitente desde su nacimiento<sup>70</sup>.

No obstante, considera la Audiencia Provincial en esta Sentencia de 27 de abril de 2021, que únicamente el mantenimiento de la menor en el entorno familiar en el que vive y que conoce, que es el

<sup>68</sup> FD IV y V SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>69</sup> FD V SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>70</sup> FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

de la madre intencional y el establecimiento de la filiación pretendida, puede aportar a la niña la seguridad jurídica y estabilidad necesarias para que la menor pueda seguir desarrollándose con plena tranquilidad en todos los aspectos de su vida, físicos, intelectuales y emocionales. Por ello, acuerda proceder a la inscripción solicitada, atendiendo al principio de superior interés de la niña, que pasa por “*dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento*”, teniendo en cuenta también la posesión de estado, lo cual favorece a la demandante<sup>71</sup>.

27. En definitiva, en esta sentencia pionera en España en materia de gestación por sustitución, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez analizado el caso concreto, es decir, que se ha observado que el contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible. Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente.

A raíz de esta sentencia, en materia de gestación por sustitución, se podría afirmar que existe un incipiente orden público europeo que prevalece sobre el orden público internacional, en este caso, del Estado español. Dicho orden público español estaría integrado no sólo por los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como son el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” (art. 8); sino por los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, concretamente el principio del “interés superior del menor” (art. 3) y el derecho a que el niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y el derecho a que tenga un nombre desde que nace y a adquirir una nacionalidad (art. 7.1).

### III. Orden público internacional en Francia en lo referente a la gestación por sustitución

28. Para entender cuándo se activa la cláusula de orden público internacional francés, pero, sobre todo, para comprender cómo el TEDH limita la intervención de dicho orden público en los casos de gestación por sustitución, se estudiarán los asuntos *Menesson contra Francia* y *Labassee contra Francia*.

Se trataba en ambos casos de dos matrimonios formados por ciudadanos franceses, marido y mujer, que, como consecuencia de problemas de infertilidad, se trasladaron a Estados Unidos y contrataron respectivamente los servicios de una mujer, la madre gestante, para poder concebir a sus hijas. Tras la implantación de dos embriones, en el caso *Menesson* la mujer gestó a dos gemelas, Valentina y Fiorella, mientras que en el caso *Labassee* nació una niña, Juliette Monique. Es importante destacar en relación con el fallo del TEDH, que en ambos casos el material genético paterno correspondía al marido de la pareja francesa. En definitiva, los tribunales de California, caso *Menesson*, y de Minnesota, caso *Labassee*, declararon por sentencia judicial, que cada una de las parejas francesas eran los padres de las respectivas niñas con arreglo al Derecho de California y Minnesota, respectivamente<sup>72</sup>.

29. Los ciudadanos franceses instaron la inscripción de esta filiación en el Registro Civil francés. Tras varias vicisitudes y batallas judiciales y registrales, la *Cour de Cassation* francesa denegó la inscripción de la filiación de las niñas con arreglo al Derecho de Estados Unidos<sup>73</sup>. Ésta consideró que

<sup>71</sup> FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

<sup>72</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartados 6-10; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartados 6-10.

<sup>73</sup> Se denegó la inscripción de las menores en el Registro Civil francés, mediante sentencia de fecha 6 de abril de 2011 de la *Cour de Cassation* francesa, a pesar de que uno de los padres comitentes había aportado sus gametos masculinos (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, pp. 9-12; A. HERNÁNDEZ

la gestación por sustitución era un contrato nulo por infracción del orden público francés<sup>74</sup>. El Código Civil francés prohíbe la maternidad subrogada en los arts. 16-7 y 16-9<sup>75</sup>.

Como consecuencia de la denegación de la inscripción registral y del reconocimiento de la filiación de las niñas, los padres comitentes decidieron recurrir tales pronunciamientos ante el TEDH. En ambos recursos los padres comitentes alegaron que dicha denegación vulneraba el art. 8 del CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que recoge el derecho al respeto a la “vida privada y familiar” de las personas<sup>76</sup>.

**30.** Por consiguiente, se argumenta en el recurso que al no atribuirse la filiación a favor de los padres comitentes, se vulneraba el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los menores, puesto que se les sitúa en una posición de incertidumbre jurídica: las niñas no podían tener la nacionalidad francesa y no podrían ser herederas de los padres comitentes<sup>77</sup>.

En relación con ambos asuntos son especialmente trascendentes las sentencias dictadas por el TEDH, así como el primer Dictamen realizado por el TEDH en materia de gestación por sustitución en relación con el caso *Menesson*.

## 1. Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Menesson* y *Labassee*

**31.** Ambas resoluciones fueron dictadas por el TEDH en relación a los casos *Menesson contra Francia* y *Labassee contra Francia*, ambas de fecha 26 de junio de 2014, así que serán examinadas conjuntamente por presentar características similares<sup>78</sup>. Por esta razón, el 12 de febrero de 2012, el TEDH, tras comunicar al gobierno francés la demanda presentada por las partes contra él, decidió que la instrucción de ambos casos sería realizada de manera simultánea<sup>79</sup>.

---

RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 169-173; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 94-95; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 12; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1899).

<sup>74</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartado 82; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartado 61.

<sup>75</sup> El art. 16-7 del Código Civil francés indica “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*”, mientras que el art. 16-9 señala que la anterior norma es una norma imperativa, no disponible por las partes, y de observancia obligatoria en todos los casos, “*disposition d'ordre public*” (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 94; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1899-1900).

<sup>76</sup> Art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, (BOE núm. 243, 10 octubre 1979), en vigor para España desde el 4 de octubre de 1979).

<sup>77</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 169-173; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 94-95; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, pp. 12-13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1895.

<sup>78</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111).

<sup>79</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626J

En primer lugar, el TEDH señaló que cada Estado parte en el CEDH podía regular la gestación por sustitución como estimase conveniente ya sea, tanto en su vertiente negativa como en su vertiente positiva, esto es, o bien, permitiendo y regulando la maternidad subrogada o, en caso contrario, negando cualquier efecto sobre la filiación de los menores nacidos por esta vía. Existe una opción intermedia, que es prohibir el proceso, pero con una particularidad, reconociendo la filiación determinada conforme a la resolución judicial extranjera y otorgándole plenos efectos jurídicos<sup>80</sup>. En consecuencia, se podrá optar por cualquiera de estas tres opciones, pero siempre respetando el principio del “interés superior del menor”<sup>81</sup>.

### A) El derecho al respeto a la “vida privada y familiar”

**32.** La interpretación que viene haciendo el TEDH, en relación al derecho a la identidad personal recogido en el art. 8 del CEDH, puede implicar un derecho a la continuidad transfronteriza de los estatutos personales y las relaciones familiares creadas en el extranjero<sup>82</sup>. De hecho, el no reconocimiento de los estatutos familiares creados válida y efectivamente en el extranjero interfiere con el derecho a la vida privada y familiar.

Las condiciones exigidas por el art. 8 del CEDH para gozar de ese derecho son: a) Desde un punto de vista formal, que el vínculo familiar haya sido creado válida y legalmente antes de solicitar su reconocimiento; b) Desde un punto de vista sustancial, que la relación familiar se haya establecido como una realidad social, habiendo vivido el niño con el padre biológico y de intención desde que nació. Además, se deben tener en cuenta los intereses esenciales del niño, que deben ser una consideración primordial del Estado<sup>83</sup>.

**33.** En cuanto al derecho al respeto a la vida privada, el TEDH les dio la razón a los padres comitentes, pues se había vulnerado el art. 8 del CEDH y exigió que fueran considerados como “hijos” de los padres comitentes, aunque se hubiese demostrado que sólo uno de ellos fuese el padre biológico de las niñas. El respeto al derecho a la vida privada de los niños y las niñas que contempla ese artículo se encuentra relacionado con la determinación de la filiación de los menores. Si las menores no tienen establecida una filiación, éstas no tendrán nombre y apellidos, es decir no poseerán una identidad única, con lo cual el principio del derecho a la vida privada se estará vulnerando<sup>84</sup>.

En este sentido, la afectación al derecho al respeto a la vida privada se debe a la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la denegación de la transcripción del acta de nacimiento extranjera; sino porque

---

UD006519211), apartado 3; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartado 3.

<sup>80</sup> STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartados 57-58.

<sup>81</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartado 63; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartado 60. *Vid.* A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n° 9099, 14 diciembre 2017, p. 13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1896.

<sup>82</sup> F. MARONGIU BUONAIUTI, “La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti”, *Rivisteweb*, núm. 1, 2016, pp. 49-88.

<sup>83</sup> STEDH Gran Sala 6 julio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 41615/17 (JUR\2010\227323), apartado 135.

<sup>84</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, pp. 169-173; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n° 2, octubre 2015, pp. 94-95; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n° 9099, 14 diciembre 2017, pp. 12-13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1892-1893.

la *Cour de Cassation* francesa impide el reconocimiento de la paternidad biológica paterna, así como la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los padres comitentes, con lo cual los menores tampoco podrán adquirir la nacionalidad francesa, ni heredar en calidad de hijas, lo que implica una situación de incertidumbre jurídica incompatible con el art. 8 del CEDH<sup>85</sup>.

Sin embargo, el TEDH en dichas sentencias no señala cómo ha de realizarse dicho reconocimiento de la filiación de manera efectiva en el Estado francés, puesto que tal y como aclaró posteriormente, es cada Estado, el que tendrá que llevarlo a cabo de conformidad con sus propias normas<sup>86</sup>.

**34.** Por otro lado, en cuanto al derecho a la vida familiar, el TEDH consideró que, a pesar del no reconocimiento en Derecho francés de la filiación entre los menores y sus progenitores, no había habido vulneración de tal derecho, pues los menores se encontraban desde su nacimiento integrados en un núcleo familiar estable, por lo que habían constituido una familia en Francia<sup>87</sup>.

En virtud del art. 8 del CEDH, la familia formada en el Estado de origen tiene derecho a vivir como una familia en el Estado de destino. Cuando no se admite la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución, legalmente determinada en otro Estado, puede ser que el menor no pueda vivir con sus padres, con lo que se infringe el derecho a la vida familiar. Si se comprueba que como consecuencia del no reconocimiento de la filiación, los menores y sus padres comitentes no han sido considerados una familia en el Estado de destino y no han sido protegidos como tales, porque los niños hayan sido separados de sus padres comitentes, por ejemplo, entonces sí se produce una vulneración del derecho a una vida familiar, y el Estado tendrá que ser condenado por el TEDH<sup>88</sup>.

## B) Concepción restrictiva y específica de “orden público internacional”

**35.** Para la *Cour de Cassation* francesa los padres habían cometido un fraude de ley con su actuación, al trasladarse a un país donde la maternidad subrogada podía realizarse, aunque sabían que, en Francia, los menores nunca podrían ser inscritos como hijos de los padres comitentes. En definitiva, habían evitado la aplicación de la legislación francesa para conseguir el objetivo de la inscripción de la filiación de los menores a su favor. Sin embargo, el TEDH entendió que, el hecho de que los padres hubiesen actuado posiblemente en fraude de ley, no podía afectar a los menores nacidos por gestación por sustitución porque se estaría ante una clara infracción de la vida privada de los menores<sup>89</sup>.

Por lo tanto, en ambos casos, el TEDH situó la protección del principio del “interés superior del menor” por encima de cualquier otro principio, al considerarlo realmente “superior”, al estar por encima del orden público internacional del país en cuestión, es decir, del orden público internacional francés<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartados 96 y 99; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:EC:HR:2014:0626JUD006594111), apartado 75 y 78.

<sup>86</sup> Conclusiones del *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001).

<sup>87</sup> STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartado 93; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartado 72. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n° 2, octubre 2015, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1894.

<sup>88</sup> STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartados 87-94; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartados 66-73. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1894-1895.

<sup>89</sup> A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n° 9099, 14 diciembre 2017, p. 13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1894-1895.

<sup>90</sup> STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211),

36. En este sentido el TEDH es partidario de una concepción restrictiva y específica del orden público internacional: restrictiva en el sentido de que sólo se podrá denegar la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes si se prueba que el menor ha sido objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que vendió sus servicios con ánimo de lucro, o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios por una situación de pobreza, entre otros; y específica, porque las circunstancias anteriores sólo pueden valorarse en el caso concreto, pues en toda intervención de orden público los datos del caso son relevantes<sup>91</sup>.

Se puede observar en ambos asuntos, cómo el TEDH interviene para establecer los límites al orden público internacional francés. En este sentido, el margen en la exclusividad estatal de delimitación del orden público estatal va desapareciendo progresivamente conforme el TEDH va resolviendo más y más casos específicos, en relación con diferentes materias. Puesto que, cuando el TEDH resuelve si un Estado ha vulnerado o no alguno de los derechos consagrados por el CEDH –que a su vez forma parte integrante de su orden público– la concreción del contenido del derecho humano en cuestión para este supuesto de gestación por sustitución, también determina el contenido del orden público de todos los Estados parte del CEDH<sup>92</sup>.

37. En definitiva, finalmente Francia fue condenada en los asuntos *Menesson y Labassee* a reconocer la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución, así como a abonar la correspondiente indemnización por daños morales a cada una de las niñas, concretamente 5000 euros<sup>93</sup>.

## 2. Primer Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019

38. El primer Dictamen del TEDH en materia de gestación por sustitución de 10 de abril de 2019, fue a raíz de la solicitud de la *Cour de Cassation* francesa como consecuencia de la sentencia *Menesson contra Francia*<sup>94</sup>. En dicha sentencia, como no puede ser de otra manera, no se establece cómo ha de procederse para el reconocimiento de la filiación de las niñas nacidas mediante un contrato de gestación por sustitución en California.

Así pues, la *Cour de Cassation* francesa para dar efectivo cumplimiento a lo señalado por el TEDH, decidió, por resolución de 21 de septiembre de 2017, que no existía ningún obstáculo a la inscripción del acta de nacimiento de las niñas nacidas mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, en el que el padre de intención o padre comitente sea inscrito como padre de las menores, puesto que es el padre biológico. Sin embargo, considera imposible que la madre de intención o madre comitente pueda ser inscrita como madre de las menores. A la mujer del padre, es decir madre comitente, se le ofrece la posibilidad de adoptar a las menores, si se cumplen las condiciones legales y si la adop-

---

apartados 63 y 82; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartados 60-61.

<sup>91</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 169-173; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 94-95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1895-1896.

<sup>92</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?, en N. BOUZA I VIDAL/ C. GARCÍA I SEGURA/ A.-J. RODRIGO HERNÁNDEZ, P. PAREJA ALCARAZ (coords.), *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 158-159.

<sup>93</sup> STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211), apartado 116; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111), apartado 85. *Vid.* A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 13.

<sup>94</sup> *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16-2018-001).

ción es conforme al interés del menor, es decir que crea un vínculo de filiación, puesto que la adopción del hijo del cónyuge es más sencilla bajo el Derecho francés<sup>95</sup>.

Sin embargo, la madre comitente, presentó una demanda, en calidad de representante legal de las menores, contra la sentencia de la *Cour d'appel de Paris* de 18 de marzo de 2010, que había anulado la transcripción en los registros del estado civil francés de las actas de nacimiento americanas de las niñas<sup>96</sup>.

Por ello, en el marco de este procedimiento, la *Cour de Cassation* francesa planteó dos cuestiones al TEDH<sup>97</sup>:

1. Se ha rechazado la transcripción en los registros del estado civil francés del acta de nacimiento de un niño nacido en el extranjero en el que se designa como madre legal o legítima a la madre de intención, mientras que sí es posible la transcripción del acta en el que se designa al padre de intención como padre legal o legítimo, al padre biológico del menor. En este contexto, ¿un Estado parte se excede en el margen de apreciación en cuanto a la interpretación del art. 8 del CEDH? Así pues, ¿la solución es diferente en función de si el menor es concebido o no con los gametos de la madre de intención?
2. En el caso de que la respuesta sea positiva a cualquiera de estas cuestiones, ¿la posibilidad para la madre de intención de adoptar al hijo de su cónyuge, que es el padre biológico, constituye un modo de establecimiento de la filiación, que respeta las exigencias del art. 8 del CEDH?

**39.** En este Dictamen, concluye el TEDH, respondiendo a las preguntas planteadas por la *Cour de Cassation*, que en este supuesto planteado, en el que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional francesa, el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del CEDH, exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legítima”<sup>98</sup>.

Sin embargo, este derecho no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro del estado civil de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño<sup>99</sup>.

**40.** El TEDH tiene en cuenta dos factores para llegar a las anteriores conclusiones: el primero de ellos es la preservación del superior interés del menor, que considera primordial; y el segundo se refiere al alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes de acuerdo con el art. 8 del CEDH<sup>100</sup>.

Recuerda el TEDH que la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero y la madre comitente, tiene un impacto negativo en varios aspectos del derecho del menor al respeto de su vida privada, pues coloca al niño en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad y así lo observó el Tribunal en sus sentencias *Menesson* y *Labasse*. Los riesgos concretos para el menor consistirían en que se le niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la filiación; que se complique la permanencia del menor en el país de residencia de la madre comitente –aunque este riesgo no exista en el caso planteado porque el padre de intención que es el padre biológico tenga la naciona-

<sup>95</sup> *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda nº P16-2018-001), apartado 14.

<sup>96</sup> *Idem*, apartado 16.

<sup>97</sup> *Idem*, apartado 10.

<sup>98</sup> *Idem*, apartado 46.

<sup>99</sup> *Idem*, apartado 55.

<sup>100</sup> *Idem*, apartado 37.

lidad francesa—; que los derechos sucesorios se vean disminuidos; que la relación con su madre pueda correr riesgo si los padres comitentes se separan o si el padre comitente fallece; y que el menor carezca de protección en el caso de que la madre comitente lo rechace o deje de ocuparse de él<sup>101</sup>.

Por estas razones y aunque el TEDH es consciente de los riesgos de abuso que implican los contratos de gestación por sustitución y los problemas que genera la posibilidad de conocer el origen de la persona, termina concluyendo que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como asegurarse de que el menor crezca y se desarrolle en un entorno estable<sup>102</sup>.

Por lo tanto, el Tribunal considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre un niño nacido por medio de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño, que exige, por lo menos, que cada situación sea examinada teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso<sup>103</sup>.

**41.** En relación con el segundo factor, la discrecionalidad de los Estados, el Tribunal en su Dictamen y tras constatar que no existe consenso en Europa sobre la maternidad subrogada, señala que tanto cuando entra en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trata de la filiación, el margen permitido al Estado es normalmente limitado, por lo que es conveniente reducir el margen de apreciación del que dispone el Estado demandante<sup>104</sup>.

Pues bien, cuando se trata del reconocimiento del vínculo de filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y los padres de intención, sobrepasa incluso la cuestión de la identidad de los menores. Existen incluso otros aspectos de su vida privada que se ven afectados como son el entorno en el que ellos viven y se desarrollan, así como las personas que son responsables de satisfacer sus necesidades y de asegurar su bienestar. Esto respalda la observación del TEDH en lo que respecta a la reducción del margen de apreciación<sup>105</sup>.

En consecuencia, teniendo en cuenta el principio de interés superior del menor y la reducción del margen de apreciación, el derecho al respeto a la vida privada, de conformidad con el art. 8 del CEDH, debe interpretarse en el sentido de que la legislación nacional ofrezca en el supuesto planteado, la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, que ha sido designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legítima”<sup>106</sup>.

**42.** Ahora bien, una cuestión distinta es el margen de apreciación del que dispone cada Estado en lo relativo a la elección de los medios que permitan reconocer la relación jurídica entre el menor y la madre comitente. El TEDH afirma que existe un consenso europeo en cuanto al establecimiento o el reconocimiento del vínculo de filiación entre el menor y el padre de intención, pero las modalidades en que se realiza varían de Estado a Estado. Por lo tanto, la elección de los medios mediante los cuales sea posible el reconocimiento de dicho vínculo entran dentro del margen de apreciación de los Estados<sup>107</sup>.

El TEDH señala que el respeto al principio de superior interés del niño —que se evaluará en concreto y no en abstracto—, implica que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando tal relación se haya convertido en una realidad práctica, lo cual debe ser analizado por la autoridad de cada Estado<sup>108</sup>. El interés superior del niño no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, implique obligatoriamente la transcripción del certificado de nacimiento extranjero

<sup>101</sup> *Idem*, apartado 40.

<sup>102</sup> *Idem*, apartados 41 y 42.

<sup>103</sup> *Idem*, apartado 42.

<sup>104</sup> *Idem*, apartados 43 y 44.

<sup>105</sup> *Idem*, apartado 45.

<sup>106</sup> *Idem*, apartado 46.

<sup>107</sup> *Idem*, apartado 51.

<sup>108</sup> *Idem*, apartado 52.

en el que se designa a la madre comitente como “madre legítima”. En este sentido, dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción<sup>109</sup>.

No obstante, el TEDH matiza que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, tiene que existir un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. Por lo que la adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita tomar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo periodo en una situación de inseguridad jurídica<sup>110</sup>.

43. En definitiva, para el TEDH lo fundamental es proteger el interés superior del menor, concretado en este supuesto en el respeto de su vida privada y en la necesidad de reconocimiento del vínculo de filiación entre la madre comitente y el hijo. Para conseguir este objetivo y siempre atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, no son tan importantes los instrumentos normativos para conseguir dicho objetivo, siempre que sean eficaces y ágiles, sin que se tenga que excluir necesariamente la inscripción de la partida de nacimiento establecida en el extranjero conforme a la legislación del país de que se trate.

Por un lado, la *Cour de Cassation* indica que la ley francesa facilita la adopción del hijo del cónyuge, de forma que esta puede tratarse de una adopción simple o plena, como sucede en España<sup>111</sup>. Sin embargo, aunque el gobierno francés aclara que entre el 5 de julio de 2017 y el 2 de mayo de 2018, prácticamente la totalidad de las demandas de adopción entre esposos en relación con niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución, el TEDH destaca que este procedimiento sólo es posible para aquellos padres de intención que estén casados. Por lo que se mantiene la incertidumbre en lo que respecta a las modalidades de adopción por parte del cónyuge en este asunto, pues se exige por ejemplo la necesidad del consentimiento previo de la madre gestante<sup>112</sup>. Aunque el TEDH señala que esta no es una cuestión sobre la que deba él mismo pronunciarse, sino que será el juez nacional quien tendrá que hacerlo teniendo en cuenta la situación de inseguridad en la que se encuentran los menores, mientras el procedimiento de adopción esté pendiente<sup>113</sup>. No obstante, tuvo que manifestarse posteriormente, en su reciente sentencia de 16 de julio de 2020, asunto *D. c Francia*, en la que señaló que la adopción plena genera los mismos vínculos familiares que la filiación natural y que los procedimientos de adopción plena tienen una duración de alrededor cuatro meses<sup>114</sup>.

No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el juez consideró que, después de quince años de proceso judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de

<sup>109</sup> *Idem*, apartado 53.

<sup>110</sup> *Idem*, apartado 54.

<sup>111</sup> *Idem*, apartado 56.

<sup>112</sup> *Idem*, apartado 57.

<sup>113</sup> *Idem*, apartado 58. El TEDH es consciente de la complejidad de las cuestiones relativas a la gestación por sustitución. En este sentido, la conferencia de la Haya de derecho internacional privado ha emprendido diversos trabajos destinados a proponer una convención internacional que permita responder a estas cuestiones sobre la base de los principios aceptados por los Estados que se adhirieron a este instrumento internacional (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001), apartado 59).

<sup>114</sup> STEDH 16 julio 2020, 11288/18, *D c Francia*, (JUR/2020/214195) (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818), apartados 66 y 67. En esta asunto, se desestimó la demanda de inscripción del acta de nacimiento de un niño nacido en el extranjero en el que se designaba como madre a la madre genética o biológica, pero que no había sido la madre gestante. La adopción fue el medio ofrecido para el reconocimiento del vínculo de filiación entre la madre de intención, que también era la biológica y el menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución; pues el padre de intención que también era el padre biológico, sí que fue reconocido como tal. Sin embargo, esta opción de la adopción para la madre comitente fue rechazada por los padres comitentes que solicitaron la inscripción de la certificación de nacimiento extranjera, alegando vulneración del art. 8 del TEDH. Pero, el TEDH determinó que no existía tal vulneración, puesto que los procedimientos de adopción plena tienen de una duración de alrededor de cuatro meses en Francia, por lo que había una celeridad razonable en los procedimientos de adopción plena en dicho Estado.

la relación materno-filial, sin imponer a la futura madre tener que atravesar por todo el procedimiento de adopción<sup>115</sup>.

44. Por lo tanto, tras este análisis, podría concluirse que el TEDH apuesta por una concepción restrictiva y específica del orden público internacional, de manera que viene a limitar la aplicación del orden público y sólo debe activarse en supuestos concretos en los que exista un peligro grave real, tanto para la madre gestante como para el menor. En definitiva, se está limitando el concepto de orden público de cada Estado, cuando se trata del reconocimiento del vínculo de filiación entre los padres comitentes y el menor que ha nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero.

Sin embargo, la invocación de la cláusula de orden público –con el fin de denegar la transcripción del certificado de nacimiento extranjero– sería legítima, a la luz del margen de apreciación del Estado, siempre que, en todo caso, la adopción u otros procedimientos disponibles constituyan un medio eficaz que permita reconocer la relación paterno-filial, que sea rápido y que permita una evaluación por los jueces del interés superior del niño a la luz de las circunstancias del caso.

En definitiva, como se ha señalado en el epígrafe segundo, existiría un orden público europeo integrado no sólo por los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como son el derecho al “respeto a la vida privada” (art. 8), sino por los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, concretamente el principio del “interés superior del menor” (art. 3).

#### IV. Orden público internacional en Italia en materia de gestación por sustitución

45. El orden público internacional italiano es el motivo que se ha venido utilizando por los tribunales italianos para no proceder al reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes de menores nacidos en el extranjero mediante contratos de gestación por sustitución.

46. Sin embargo, como consecuencia del primer Dictamen del TEDH en materia de gestación por sustitución de 10 de abril de 2019, ha provocado que, en abril del 2020, se planteara ante el Tribunal Constitucional italiano la cuestión de si la interpretación que se ha venido haciendo por parte de los tribunales italianos –de no reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes porque atenta contra el orden público italiano– es coherente con la Constitución italiana<sup>116</sup>.

No deja de sorprender que en España no se haya planteado una cuestión similar que permita dar una respuesta uniforme a los casos de gestación de sustitución, de forma que en función de la valoración del tribunal que conoce del asunto se está dando validez o no a los contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero. Aunque como se ha visto en el epígrafe correspondiente, se puede afirmar que, de los casos analizados, las consecuencias jurídicas diferentes derivan de supuestos de hecho distintos.

47. Se estudiará, por tanto, en qué supuestos de gestación por sustitución se activa el orden público internacional italiano y cómo se conjuga dicho orden público internacional con los principios internacionales del CEDH, es decir, con el orden público europeo.

<sup>115</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Police”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>116</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Police”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

## 1. Orden público internacional italiano

48. El caso objeto de análisis es el de una pareja de italianos del mismo sexo que se casaron en Canadá. Dicho matrimonio fue reconocido en Italia como una pareja registrada, de acuerdo con el art. 32-bis del Estatuto italiano de Derecho internacional privado<sup>117</sup>. Posteriormente tuvieron un hijo en Canadá mediante un contrato de gestación por sustitución, donde estos contratos son válidos siempre que la madre gestante actúe de forma libre y altruista.

Aunque, el certificado de nacimiento del niño fue reconocido y registrado en Italia tras una decisión del Secretario de Verona, el certificado simplemente establecía que uno de los cónyuges tenía un vínculo biológico con el menor. Por esta razón, la pareja recurrió ante los tribunales canadienses para que se procediera a la rectificación del certificado de nacimiento del niño, pues querían que tanto el padre biológico como el padre comitente no biológico fueran reconocidos como padres del niño. Tras conseguir dicha rectificación en el certificado de nacimiento, solicitaron que dicho cambio fuera reconocido en Italia, pero su solicitud fue desestimada porque el orden público internacional italiano no permitía dicho reconocimiento<sup>118</sup>.

49. Para entender cuándo los tribunales italianos aplican el orden público internacional, se analizarán los aspectos, que, en materia de gestación por sustitución, tienen una incidencia directa sobre la activación o no del orden público internacional y que no son otros que el principio del “interés superior del menor” y el margen de apreciación de los Estados.

### A) El principio de “interés superior del menor”

50. El Tribunal Supremo italiano ya había señalado en sentencias anteriores que el orden público incluye tanto los principios fundamentales de la Constitución italiana, como los recogidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así pues, el interés superior del menor y el derecho a su identidad social y personal formarían parte de los principios del orden público italiano. Por esos motivos, la Sala Primera señaló en una sentencia en 2016 que no podía recurrir a la defensa del orden público para impedir el reconocimiento de un certificado de nacimiento extranjero que acreditaba el parentesco familiar entre un niño y sus dos madres: la madre gestante y la que había donado el óvulo<sup>119</sup>.

Según este criterio, la simple incompatibilidad entre sentencias o actos públicos extranjeros y disposiciones imperativas internas no es suficiente para la activación del orden público italiano. Este es el mismo enfoque que ha seguido el Tribunal de Apelación de Venecia en el caso que se ha planteado al principio y que en la actualidad está pendiente ante el Tribunal Constitucional italiano. En particular, el Tribunal de Apelación sostuvo que el hecho de que la legislación italiana no prevea el matrimonio entre personas del mismo sexo y la atribución a una pareja del mismo sexo, de la condición de paternidad de un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, no supone que esto atente contra el orden público internacional italiano<sup>120</sup>.

Sin embargo, el Fiscal del Estado no estaba de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Apelación del 2018 y solicitó que el Tribunal Supremo revisara la sentencia. Argumentó que el reconocimiento de la sentencia canadiense supondría una clara violación de la legislación italiana sobre filiación y

<sup>117</sup> Art. 32-bis Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Legge 31 maggio 1995, núm. 218 (GU núm. 128 del 03-06-1995 - Suppl. Ordinario n. 68), disponible en línea en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995;218> (consultado el 20 de junio de 2021).

<sup>118</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> *Vid.* Ordenanza depositata il 16 luglio 2018, disponible en línea en [http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/07/20180716-0628-Ordinanza-accoglimento-Corte-appello-Venezia\\_oscurata.pdf](http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/07/20180716-0628-Ordinanza-accoglimento-Corte-appello-Venezia_oscurata.pdf) (consultado el 25 de junio de 2021).

técnicas de reproducción asistida médicamente y, por lo tanto, contraria al orden público italiano. Por lo tanto, el Fiscal del Estado invocó una concepción diferente del orden público de la que venía adoptando el Tribunal Supremo.

El punto de vista de las *Joint Chambers* es que el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido en régimen de gestación subrogada y el padre comitente, mediante el registro del certificado de nacimiento, se justifica porque es el padre biológico. Ahora bien, el registro de la parte del certificado que designa como progenitor al padre comitente, que no es biológico, ni genético, estaría en contradicción con la prohibición italiana penal relativa a los contratos de gestación por sustitución<sup>121</sup>. Estas consideran que, al fin y al cabo, dicha regulación implementa los principios constitucionales relativos a la protección de la dignidad de la mujer y, por lo tanto, recoge un principio de orden público.

Las *Joint Chambers*, con el fin de garantizar el interés superior del menor, ofrece la posibilidad al padre comitente, que no es padre biológico, de que proceda a la adopción “en casos particulares”<sup>122</sup>. En su opinión, esta solución se encontraría en la línea de la doctrina del margen de apreciación del TEDH. En particular, se consideró que Italia ya había cumplido las normas del CEDH al reconocer plenamente la relación del niño con el padre biológico. Ahora bien, en ausencia de un vínculo biológico con el otro progenitor, las autoridades estatales mantendrían un amplio margen de apreciación al elegir el mecanismo apropiado para asegurar el establecimiento de una relación jurídica comparable, pero no idéntica, a la filiación natural<sup>123</sup>.

## B) El margen de apreciación de los Estados

**51.** Como ya se ha señalado en el epígrafe correspondiente, hasta el 2019, la interpretación del TEDH, asuntos *Meneesson y Labassee*, en relación al derecho a la “vida privada y familiar” (art. 8 CEDH) es que para que se respete este derecho, se tienen que tener en cuenta dos aspectos: el interés superior del menor y el margen de discrecionalidad de los Estados.

En relación con el margen de apreciación de los Estados, si la injerencia se realiza de conformidad con la ley, persigue un fin legítimo y es “necesaria en una sociedad democrática” para lograrlo, puede definirse como legítima. Dicho derecho podría verse limitado mediante la aplicación de la cláusula de orden público. Los Estados disfrutaban de un margen de apreciación para conseguir un equilibrio justo entre los intereses de los Estados y los derechos de las personas, que, se ha venido restringiendo progresivamente por el TEDH<sup>124</sup>.

**52.** En lo que respecta a margen de discrecionalidad de los Estados, es de especial interés el amplio margen de apreciación que adoptó el Estado italiano en el asunto *Paradiso y Campanelli*<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> Art. 12.6 Estatuto italiano sobre la procreación asistida médicamente. *Vid.* Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Legge 19 febbraio 2004, núm. 40 (GU núm. 45 del 24-02-2004), disponible en línea en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-02-19;40!vig=> (consultado el 20 de junio de 2021).

<sup>122</sup> Art. 44.1 Estatuto Adopción italiana. *Vid.* Diritto del minore ad una famiglia, Legge 4 maggio 1983, núm. 184 (GU n.133 del 17-05-1983 - Suppl. Ordinario), disponible en línea en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1983-05-04;184!vig> (consultado el 25 de junio de 2021). Es una especie de cláusula de último recurso que permite reconocer el vínculo afectivo entre el niño y el padre comitente no biológico, cuando éste sea también cónyuge del progenitor biológico o, en todo caso, siempre que la relación sea ya una realidad.

<sup>123</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>124</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>125</sup> STEDH 27 enero 2015, 25358/12, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812); STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812).

La sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017 daba por concluido el asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*, en el que las autoridades italianas declararon en situación de desamparo a un menor que había pasado sus primeros ocho meses de vida con los padres comitentes, dos cónyuges italianos que habían accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. La Gran Sala se apartó así de la interpretación realizada por la Sección 2ª y consideró que la actuación de las autoridades italianas no vulneraba el art. 8 del CEDH. Así pues, no existía interferencia en la vida familiar de los comitentes, mientras que la injerencia en su vida privada se encontraba justificada<sup>126</sup>.

**53.** En la primera sentencia del año 2015, de la Sección 2ª, el TEDH consideró contrario al art. 8 del Convenio la decisión de las autoridades italianas de alejar al niño de los padres comitentes y ponerle bajo la tutela de una institución, suprimiendo así toda posibilidad de contacto con dichos comitentes. El TEDH que la convivencia del niño durante más de seis meses con los comitentes implicaba que los tres habían constituido un núcleo familiar “de facto”. Añade el Tribunal que “*el alejamiento del niño del contexto familiar es una medida extrema a la que no se debería haber recurrido mas que como último recurso. Para que una medida de este tipo esté justificada, debe responder al fin de proteger al niño expuesto a un peligro inmediato para él*”, concluyendo que en este caso las medidas adoptadas por las autoridades italianas no respetaron el equilibrio justo que debía regir los intereses en juego<sup>127</sup>.

La activación del orden público debe ser razonada y proporcionada y debe respetar los derechos recogidos en el CEDH<sup>128</sup>. El TEDH afirmó en dicha sentencia que no se puede recurrir a la defensa de orden público como una especie de “carta en blanco” para cualquier medida, ya que el Estado tiene que respetar el interés superior del niño con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo<sup>129</sup>.

**54.** Sin embargo, posteriormente, fue admitida a trámite la petición de los padres comitentes, en relación a la violación del art. 8, apartado primero, del CEDH, por considerar que los padres comitentes y el menor habían formado una familia *de facto* y que, además, los padres comitentes habían formado un vínculo emocional con el menor, según el informe psicológico<sup>130</sup>.

El TEDH reconoció que la retirada del menor a los padres comitentes fue realizada de acuerdo con la ley y que estos no tenían capacidad de representación, tal y como señaló en Gobierno italiano<sup>131</sup>. Sin embargo, consideró que el Gobierno italiano no había tenido en cuenta ni los derechos, ni el interés superior del menor, sin que por ello, estuviesen obligados a devolver el menor a los padres comitentes, porque el niño ya había desarrollado vínculos familiares con la familia de acogida<sup>132</sup>. De hecho, el TEDH también rechazó las observaciones del Gobierno italiano en contra de la demanda realizada por el matrimonio *Paradiso-Campanelli*<sup>133</sup>.

<sup>126</sup> E. FARNÓS-AMORÓS, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 20, 2017, disponible en línea en [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872017000200017](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017) (consultado el 25 de junio de 2021).

<sup>127</sup> STEDH 27 enero 2015, 25358/12, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812).

<sup>128</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1895.

<sup>129</sup> STEDH 27 enero 2015, 25358/12, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812), apartado 80.

<sup>130</sup> FH 34 STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812). Vid. A.-M. RUIZ MARTÍN, “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, p. 782.

<sup>131</sup> FD 87 y ss. STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812).

<sup>132</sup> STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 206, 210 y 213.

<sup>133</sup> A.-M. RUIZ MARTÍN, “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, p. 783.

Por lo tanto, sólo en caso de existir un peligro para el menor, un peligro grave real, es cuando se justifica la injerencia estatal con el fin de tutelar sus derechos fundamentales<sup>134</sup>. En principio, le corresponde a los progenitores o tutores velar por tales derechos, y sólo en caso de no hacerlo, entonces será el Estado el que debe intervenir, pero en casos de urgencia y necesidad siempre, según el apartado segundo del art. 8 del CEDH<sup>135</sup>.

55. En el asunto *Paradiso y Campanelli*, el hecho que tampoco existiese vínculo biológico con el menor, tal y como se suele exigir en las legislaciones de los Estados que permiten la gestación por sustitución para poder considerar que se ha creado un vínculo de filiación y con ello una “familia de facto”, no fue el único aspecto que valoró el TEDH para entender que el Gobierno italiano había injerido en su vida privada y familiar de forma acertada<sup>136</sup>. En realidad, el aspecto fundamental para valorar que la separación al menor de los padres comitentes, no constituía una medida del gobierno italiano desproporcionada para el interés superior del menor, fue la actuación fraudulenta del matrimonio *Paradiso-Campanelli*<sup>137</sup>. En este sentido, el TEDH consideró que no hubo injerencia en la vida familiar, porque no formaban una familia<sup>138</sup>.

Pero no sucedió lo mismo en cuanto a su derecho fundamental de tener una vida privada. Como el menor no fue considerado parte demandante en el proceso, porque no fue reconocido como hijo legítimo, pues únicamente se pudo tutelar en este caso, el derecho a tener una vida privada de los comitentes en su interacción con el menor. De forma que se diferenciaron dos derechos fundamentales pero relacionados en el art. 8 en el mismo nivel de protección: vida privada y familiar<sup>139</sup>. Así pues, dicho precepto, no viene a proteger el derecho o deseo a ser padres, sino el derecho a que cuando una familia se ha constituido de forma válida sea respetada por los Estados, incluyendo con ello la vida privada que se establece con el desarrollo del vínculo familiar<sup>140</sup>. Por esa razón, el TEDH consideró que la injerencia del Gobierno italiano en su vida privada estaba justificada.

## 2. Orden público internacional vs. principios internacionales del CEDH

56. Después del Primer Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, en relación con el asunto *Mennesson*, el Tribunal Supremo procedió a delimitar el alcance del orden público italiano.

Para el Tribunal Supremo la interpretación del orden público que habían venido haciendo las *Joint Chambers* no era correcta, porque: por un lado, se había hecho prevalecer dicho orden público sobre el interés superior del menor sin una evaluación adecuada, es decir, caso por caso; y por otro lado, bajo el sistema legal italiano, la “adopción en casos particulares” no puede ser calificado como un mecanismo alternativo eficaz, que venga a sustituir a la no inscripción del vínculo de filiación tal y como aparece en la certificación registral extranjera<sup>141</sup>.

<sup>134</sup> A.-M. RUIZ MARTÍN, “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, p. 787.

<sup>135</sup> FH 63 STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812).

<sup>136</sup> STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartado 149.

<sup>137</sup> STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 204 y 215.

<sup>138</sup> A.-M. RUIZ MARTÍN, “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, p. 787.

<sup>139</sup> STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartado 208. *Vid.* A.-M. RUIZ MARTÍN, “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, p. 787.

<sup>140</sup> STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 140 y ss..

<sup>141</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”,

**57.** El Tribunal Supremo entendió que el orden público debía ser una combinación de fuentes de derechos humanos nacionales e internacionales, por lo que el principio del interés superior del niño tenía que formar parte del orden público internacional italiano.

Se debe realizar un balance, para llegar a un equilibrio, entre, por un lado, el interés del niño a que se reconozca su vínculo de filiación con el padre comitente (derechos individuales); y, por otro lado, los intereses del Estado en evitar el reconocimiento de actos que son percibidos por la sociedad como incompatibles con los valores fundamentales nacionales. Como resultado, se deberá proceder a la aplicación de una ley extranjera o al reconocimiento de sentencias extranjeras, incluso cuando se estén contraviniendo normas internas (ordinarias), siempre que los principios supremos del orden jurídico, en particular, los relativos a los derechos fundamentales y la dignidad humana, no sean infringidos.

Sin embargo, la “adopción en casos particulares” no implica un equilibrio justo de intereses, puesto que, en el ordenamiento italiano, este tipo de adopción no crea vínculos familiares completos entre padres e hijos, requiere un procedimiento complejo de mucho tiempo, exponiendo al niño a un período de incertidumbre. Tampoco es equiparable la “adopción en casos particulares” a la filiación natural, al no implicar vínculos familiares entre el niño y los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios. Aunque el margen de discrecionalidad que otorga el TEDH es amplio en cuanto a los medios por los cuales se puede reconocer el vínculo de filiación, no lo es tanto en lo que respecta a la “intensidad” y al contenido de dichas relaciones<sup>142</sup>.

En este sentido, en Francia la adopción plena genera los mismos vínculos familiares que la filiación natural y los procedimientos de adopción plena tienen una duración de alrededor de cuatro meses, tal y como ha señalado el TEDH en su reciente sentencia de 16 de julio de 2020, asunto *D. c Francia*<sup>143</sup>. Sin embargo, en Italia, donde no se permite la adopción plena en las mismas circunstancias, la inscripción del certificado de nacimiento extranjero parece ser la única alternativa válida, no sólo para el asunto que planteábamos al principio del epígrafe, sino para todos los casos similares, en los que el padre comitente no es el padre biológico<sup>144</sup>.

**58.** Por todos estos motivos, en abril del 2020, el Tribunal Supremo hizo una consulta al Tribunal Constitucional italiano relativa a si la interpretación que se ha venido haciendo, de no reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes porque atenta contra el orden público, es coherente con la Constitución italiana.

En definitiva, la cuestión que se plantea es, si la regulación internacional existente en materia de Derechos Humanos, como el CEDH o el CDN, afecta a la capacidad de las autoridades estatales de rechazar el reconocimiento de las relaciones familiares y estatutos personales creadas en el extranjero válidamente, como consecuencia de la excepción de orden público. Ahora bien, en caso de conflicto las normas ordinarias deben declararse inconstitucionales, en virtud de art. 117 de la Constitución italiana.

Así pues, si el Tribunal Constitucional italiano concluye que la interpretación actual de la defensa del orden público es la correcta, los padres comitentes podrían recurrir al TEDH, por violación del art. 8 del CEDH. Si bien esto parece poco probable, porque el propio Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que los contratos de gestación por sustitución vulneran la dignidad de la mujer y que la “adopción en casos particulares” es una alternativa adecuada al reconocimiento (pleno) de la

---

*EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>142</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

<sup>143</sup> STEDH 16 julio 2020, 11288/18, *D c Francia*, (JUR/2020/214195) (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818), apartados 66 y 67.

<sup>144</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

relación padre-hijo<sup>145</sup>. También se ha pronunciado en contra de la filiación a favor de las personas del mismo sexo, de niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida<sup>146</sup>.

Por lo tanto, será el Tribunal Constitucional el que decidirá si Italia se encuentra en una situación sistémica y persistente de incumplimiento del CEDH<sup>147</sup>.

59. En definitiva, se podría afirmar que existe un orden público europeo, compuesto por derechos como el del art. 3 del CDN que recoge el interés superior del menor y por derechos como el “derecho a la vida privada y familiar”, de conformidad con el art. 8 del CEDH. Si bien, por un lado, el Tribunal Supremo considera que el principio del interés superior del menor forma parte del orden público internacional italiano. Mientras que, por otro lado, las *Joint Chambers*, hacen prevelecer por encima del interés superior del menor otros principios, como son el de la dignidad de la mujer o incluso normas que prohíben a las personas del mismo sexo tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida. De ahí, la consulta realizada por el Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, en relación a la constitucionalidad de determinados preceptos de su legislación ordinaria.

## V. Conclusiones

60. El Tribunal Supremo español en su sentencia de 6 de febrero de 2014, ha señalado que la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine. Si bien una vez que el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos –respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)–. Para ello, el ordenamiento español, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los padres comitentes lo fuera; y el que no fuera padre biológico, podría optar por figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares del 27 de abril de 2021, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez, que se ha observado que el contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible. Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente.

Por lo que, tras esta sentencia, en materia de gestación por sustitución, se podría afirmar que existe un incipiente orden público europeo que prevalece sobre el orden público internacional, en este caso, del Estado español. Dicho orden público español estaría integrado no sólo por los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como son el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” (art. 8); sino por los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, concretamente el principio del “interés superior del menor” (art. 3) y el derecho a que el niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y el derecho a que tenga un nombre desde que nace y a adquirir una nacionalidad (art. 7.1).

<sup>145</sup> Sentencia núm. 272 de 2017, disponible en línea en <https://www.giurcost.org/decisioni/2017/0272s-17.html> (consultado el 1 de mayo de 2021).

<sup>146</sup> Sentencia núm. 221 de 2019, disponible en línea en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=221> (consultado el 1 de mayo de 2021)

<sup>147</sup> L. ACCONCIAMESSA, “The Italian Constitutional Court Asked to Rule on Surrogacy Arrangements and Public Policy”, *EAPIL (The European Association of Private International Law)*, 28 septiembre 2020, disponible en [https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog\\_2](https://eapil.org/2020/09/28/the-italian-constitutional-court-asked-to-rule-on-surrogacy-arrangements-and-public-policy/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2) (consultado el 1 de abril de 2021).

Si bien dado que se trata de principios que recogen derechos fundamentales del CEDH y que forman parte del orden público de cada Estado, la expresión más apropiada sería que el orden público internacional de cada Estado estaría integrado por el orden público europeo, además de por el conjunto de principios fundamentales que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de cada país.

**61.** Por otro lado, de las sentencias de de 26 de junio de 2014 en los asuntos *Mennesson* y *Labassee* podría concluirse que el TEDH apuesta por una concepción restrictiva y específica del orden público internacional, de manera que viene a limitar la aplicación del orden público y sólo debe activarse en supuestos concretos en los que exista una situación grave real tanto para la madre gestante como para el menor. En definitiva, se está limitando el concepto de orden público de cada Estado, cuando se trata del reconocimiento del vínculo de filiación entre los padres comitentes y el menor que ha nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero.

Sin embargo, tras el primer Dictamen del TEDH puede afirmarse que, aunque existe un limitado margen de discrecionalidad de los Estados miembros en el reconocimiento del vínculo de filiación, existe un amplio margen de apreciación de los Estados en la elección de los medios jurídicos para llevar a cabo el mismo, que bien puede tratarse de la adopción, siempre que se procure prontitud en el procedimiento. No se exige, por tanto, la inmediata inscripción de los datos que figuran en la certificación registral extranjera, en el Registro Civil nacional correspondiente.

En este sentido, el margen en la exclusividad estatal de delimitación del orden público estatal va desapareciendo progresivamente conforme el TEDH va resolviendo más y más casos específicos, en relación con diferentes materias. Puesto que, cuando el TEDH resuelve si un Estado ha vulnerado o no alguno de los derechos consagrados por el CEDH –que a su vez forma parte integrante de su orden público– la concreción del contenido del derecho humano en cuestión, para este supuesto de gestación por sustitución, también determina el contenido del orden público de todos los Estados parte del CEDH.

En definitiva, como se ha señalado en el epígrafe segundo, existiría un orden público europeo integrado no sólo por los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como son el derecho al “respeto a la vida privada” (art. 8), sino por los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, concretamente el principio del “interés superior del menor” (art. 3).

**62.** Sin embargo, las diferencias entre las soluciones adoptadas por el TEDH en los asuntos *Mennesson* y *Labassee* y el Tribunal Supremo en el caso de los “niños de California”, no han resultado ser reales en la práctica, tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH precisamente en relación con el asunto *Mennesson*.

En su primer Dictamen en relación con la gestación por sustitución, el TEDH señala que el reconocimiento de la filiación de las hijas *Mennesson* en relación con la madre comitente, no tiene que hacerse por la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, sino por cualquier otra vía como la adopción, siempre que las modalidades previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad del reconocimiento de la filiación, de conformidad con el interés superior del menor.

Si bien, la solución es similar a la ofrecida por el Tribunal Supremo para el reconocimiento de la filiación a favor del padre que no resulte ser el padre biológico, es decir, que dichos padres comitentes no biológicos tienen la posibilidad del acogimiento o la adopción. Sin embargo, ninguna de estas dos opciones es rápida en el ordenamiento español. En Francia por otro lado, aunque en el asunto *D c. Francia*, el TEDH señaló que la adopción plena tiene una duración de alrededor cuatro meses; en relación con el asunto *Mennesson* el juez consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción.

Así pues, la diferencia entre el caso español y el francés es que en el caso francés, uno de los padres comitentes demostró a lo largo del procedimiento que era el padre biológico de los menores, mientras que en el caso español, esto no quedó probado, aunque sí que fue puesto de manifiesto a lo largo de las diferentes instancias que atravesó el asunto. Aunque el hecho de que ninguno de los padres

comitentes sea el padre biológico del menor, no parece ser relevante para que exista un núcleo familiar de “facto” y se respete el derecho a la “vida privada y familiar”, de acuerdo con el art. 8 del TEDH; la realidad es que, la ausencia de carga genética en el menor fue uno de los motivos, entre otros, para que finalmente, el TEDH no considerara que había habido una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar por el Estado italiano en el asunto *Paradiso Campanelli*.

En cualquier caso, el TEDH y el Tribunal Supremo sí que coinciden en que debe respetarse el núcleo familiar “de facto” constituido en el país de destino, siendo un medio idóneo para la protección del mismo, la concesión del derecho a la prestación de maternidad a los padres comitentes. Precisamente, porque existía un núcleo familiar de “facto” en el Estado de origen, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 27 de abril de 2021, se permitió la inscripción de la certificación registral de nacimiento de una niña nacida en Rusia mediante gestación por sustitución, en aras del principio del interés superior del menor. Para ello, se tuvieron en cuenta todas las circunstancias del caso: no era posible recurrir a ninguna de las soluciones previstas por el Tribunal Supremo, dado que no se podía identificar al padre biológico, pues se trataba de un donante anónimo; y no se cumplían las condiciones legales para la adopción o el acogimiento bajo la legislación española.

**63.** En Italia, existe una situación similar a la de España y Francia, en el sentido de que, tal y como señaló el Ministerio Fiscal en contra de la Sentencia del Tribunal de Apelación de Venecia, las normas italianas sobre filiación y técnicas de reproducción asistida, no permiten el reconocimiento de la filiación a favor del padre comitente que no es el padre biológico de un niño nacido mediante gestación por sustitución en Canadá. Sin embargo, sí que es posible el reconocimiento de la filiación a favor del otro padre comitente, porque además es el padre biológico. Al padre comitente no biológico, se le ofrece la posibilidad de adoptar.

En este sentido, Italia está teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 3 CDN) y el restrictivo margen de discrecionalidad con el que en la actualidad cuentan los Estados parte del CEDH, para no permitir el reconocimiento del vínculo de filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante los contratos de gestación por sustitución. Todo ello, a pesar del precedente que generó la actuación del gobierno italiano en el asunto *Paradiso y Campanelli*, en el que el margen de apreciación fue bastante amplio. Aunque se debe decir en defensa del gobierno italiano, que este asunto es anterior a la reciente jurisprudencia del TEDH, en la que se ha establecido de forma clara el restringido margen de apreciación por los Estados para rechazar los contratos de gestación de sustitución, en condiciones similares a las que se plantean en dichos supuestos.

Por otro lado, el margen de discrecionalidad que otorga el TEDH es amplio en cuanto a los medios por los cuales se puede reconocer el vínculo de filiación, no lo es tanto en lo que respecta a la “intensidad” y al contenido de dichas relaciones. Por esta razón, en el caso de Italia, genera cuanto menos dudas, la “adopción en casos particulares”, puesto que la misma no es equiparable a la filiación natural y supone un procedimiento rápido y complejo. Así que, la inscripción del certificado de nacimiento extranjero parece ser la única alternativa válida en el caso de Italia, para cumplir con lo establecido por el TEDH.

De ahí, que el Tribunal Supremo se haya visto en la necesidad de plantear la cuestión inconstitucionalidad de las normas que contravengan los principios fundamentales del CEDH.

En este sentido, aunque en España y Francia no se ha realizado una consulta de similares características, las últimas sentencias tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 27 de abril de 2021, como la Sentencia de 16 de julio de 2020, asunto *D. c. Francia*, están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH a través de su jurisprudencia.

**64.** En definitiva, se puede afirmar que existe un orden público europeo, que en materia de gestación por sustitución, estaría formado por los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como son el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” (art. 8); y por los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, concretamente el principio del “interés superior del menor” (art. 3) y el derecho a que el niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y el derecho a que tenga un nombre desde que nace y a adquirir una nacionalidad (art. 7.1).

Si bien, tras este análisis, dado que el orden público europeo estaría conformado por principios que recogen derechos fundamentales del CEDH y del CDN, se podría concluir que dicho orden público europeo formaría parte del orden público internacional de cada Estado, además de estar comprendido este último, por el conjunto de principios fundamentales que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de cada país.

# AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LEYES DE POLICÍA Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS DE DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

## AUTONOMY OF THE WILL, PUBLIC POLICY AND INTERNATIONAL PUBLIC ORDER IN EUROPEAN FAMILY AND SUCCESSION LAW REGULATIONS

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

Recibido: 01.06.2021 / Aceptado: 29.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6311>

**Resumen:** Partiendo de la base de que vivimos en sociedades cada vez más multiculturales, este trabajo se pregunta si la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho de familia y de sucesiones puede ser una vía para garantizar respuestas justas que conjuguen el respeto a la identidad cultural con el deseo de aplicar la ley del Estado de acogida, como medio para reducir la acción del orden público internacional. Aunque, a priori, esta premisa se cumpliría, la acción de las leyes de policía europeas hace que el etnocentrismo sea todavía una característica muy importante de nuestras normas de conflicto en estas materias, lo que conduce irremisiblemente a cierto legefórmismo.

**Palabras clave:** Autonomía de la voluntad, orden público internacional, leyes de policía, Derecho de familia, Derecho de sucesiones

**Abstract:** Starting from the basis that we live in increasingly multicultural societies, this work asks whether the autonomy of the conflictual will in family and succession law a way can be to guarantee fair responses that combine respect for cultural identity with the desire to apply the law of the host State, as a means to reduce the action of international public order. Although, this premise would be fulfilled, the action of the European public policy makes ethnocentrism still a very important characteristic of our conflict norms in these matters that inevitably leads to a certain legefórmism.

**Keywords:** Autonomy of the will, international public order, public policy, Family Law, Succession Law

**Sumario:** I. Notas preliminares II. La autonomía de la voluntad, factor en alza III. Falta de adecuación de la cláusula de excepción del orden público internacional en un contexto intercultural 1. Interculturalidad y orden público internacional A) Introducción B) Alternativas legales a) Divorcio y separación judicial: Reglamento (UE) 1259/2010 b) Regímenes económicos matrimoniales y efectos económicos de parejas registradas: Reglamento (UE) 1103/2016 y Reglamento (UE) 1104/2016 c) Sucesiones internacionales: Reglamento (UE) 650/2012 d) Alimentos: Protocolo de La Haya de 2007 e) Materias en las que está vedada la acción de la autonomía de la voluntad IV. Conclusiones.

## I. Notas preliminares

1. Hasta que comenzaron a elaborarse y a aplicarse los Reglamentos europeos sobre derecho aplicable en materia de familia y sucesiones<sup>1</sup>, en España el sistema autónomo de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) había quedado superado por los cambios sociales experimentados desde 1974, fecha en que se reformó el Título preliminar del Código civil y se redactaron las normas de conflicto españolas en Derecho de familia y de sucesiones. En ellas, en consonancia con la época, momento en que la inmigración en España apenas era perceptible, se hizo un uso reiterado de la conexión de la nacionalidad. Pero a partir de los noventa, cuando España se convierte en un Estado de destino de la inmigración, y nuestros tribunales comienzan a encontrarse con casos en los que nuestras normas de conflicto conducían a la aplicación del derecho extranjero, en ocasiones opuesto a nuestra concepción del Derecho de familia, y se tiene que recurrir con frecuencia a la cláusula de excepción del orden público internacional para evitar tener que aplicar el Derecho extranjero, es a partir de entonces cuando se manifiesta con claridad la necesidad de actualizar nuestro sistema. Actualización que finalmente ha llegado no directamente de la mano del legislador español, sino del legislador europeo. Pero ¿esa actualización es suficiente para garantizar respuestas que integren la multiculturalidad presente en nuestras sociedades?<sup>2</sup>

2. En principio, la introducción del punto de conexión de la autonomía de la voluntad podría conducir a una respuesta afirmativa, en la medida en que sería el propio interesado quien podría elegir entre distintas concepciones jurídicas de la familia, próximas todas ellas a la situación, con cuál de ellas se encuentra más identificado<sup>3</sup>. El uso de esta conexión reduciría en buena medida la acción del orden público internacional, lo que sería positivo, pues se encontraría en la propia norma de conflicto, y no en su excepción, la respuesta jurídica demandada<sup>4</sup>. La cuestión es que, junto con la incorporación de la autonomía de la voluntad, también se ha incorporado la acción de las leyes de policía que actúan como dique ante la acción de la autonomía de la voluntad. El propósito de este trabajo es analizar en qué medida, la acción de las leyes de policía puede garantizar realmente respuestas interculturales.

## II. La autonomía de la voluntad, factor en alza

3. Pese a que sus orígenes no sean claros y generalmente se atribuya a CH. DU MOULIN su paternidad, la autonomía conflictual constituye un expediente consolidado del DIPr. de los contratos. Sin embargo, SÁNCHEZ LORENZO ha puesto de manifiesto que es precisamente en esta materia donde la tendencia hacia la autonomía de la voluntad se muestra más restringida por la politización, en tanto que se observa una evolución inversamente proporcional en el ámbito del Derecho de la persona, familia y sucesiones. Mientras en el ámbito patrimonial, el principio que inspira la autonomía conflictual respon-

<sup>1</sup> Reglamento (UE) 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 [DO L 343, 29-XII-2010]; Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo [DO L 201, de 27-VII-2012]; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [DO L 183, de 8-VII-2016] y Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias [DO L 331, de 16-XII-2009].

<sup>2</sup> En 2020, 761.122 personas de origen marroquí residían en España, siendo la nacionalidad extracomunitaria mayoritaria en número de extranjeros <https://es.statista.com/estadisticas/472512/poblacion-extranjera-de-espana-por-nacionalidad/>, consultado el 26 de abril de 2021.

<sup>3</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 246 y ss., y vol. II, pp. 341 y ss.

<sup>4</sup> En palabras de Stuart Mill, “las personas son los mejores jueces de sus propios intereses”, lo que significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren (“Derecho voluntario”) serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (“Derecho dirigista”), *cfr.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado...*, vol. I, *op. cit.*, p. 248.

de preferentemente al principio de eficiencia económica, en los sectores no patrimoniales se asienta en el principio de libertad individual. Mientras un principio se vincularía necesariamente a la politización, el otro lo haría con la privatización<sup>5</sup>.

4. Ciertamente, nos encontramos en un contexto en el que la autonomía de la voluntad está conquistando parcelas que hasta ahora le habían permanecido vedadas. Una autonomía que se asienta en la libertad e, indisolublemente unida a ella, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, y que ha fijado su mirada en todas aquellas instituciones que afectan a la vida personal y familiar de los individuos. En materia patrimonial, esa autonomía también continúa ganando espacio, si bien sus límites vienen dados no tanto desde la protección y garantía de los derechos fundamentales como reducto del orden público internacional, sino desde las normas materiales imperativas a través de las que los Estados expresan la protección de unos intereses generales que en ningún caso pueden resultar afectados por la autonomía de la voluntad de las partes (normas de protección de consumidores, de trabajadores, normas ordopolíticas como la defensa de la competencia, control de cambios, etc.).

5. Es un hecho que el sistema tradicional conflictual se muestra inadaptado ante las nuevas demandas de la sociedad multicultural de nuestros días. La norma de conflicto que concibió y formuló SAVIGNY, se fundamentaba en la localización de las relaciones jurídicas, sobre la premisa comúnmente aceptada de que las distintas leyes con vocación para resolver el supuesto pertenecían a una misma civilización.

En la actualidad, el creciente pluralismo jurídico y cultural demanda una mayor presencia de la libertad, de la voluntad de las personas para discernir qué Derecho prefieren para regular las relaciones que los unen. El método conflictual sigue siendo válido en sus líneas generales, pero es necesario revestirlo de actualidad, y la actualidad demanda libertad. La libertad se manifiesta, así como un derecho a elegir y a ser.

6. Los ordenamientos jurídicos, con carácter general, han sido muy reacios a conceder parcelas de libertad al individuo para regular cuestiones que les afectan directamente como el Derecho de familia o el de sucesiones<sup>6</sup>. El Derecho imperativo de los Estados se ha esforzado por verter un concepto de familia (influenciado las más de las veces por la religión) que no se correspondía, en muchas ocasiones, con la pluralidad de los modos de convivencia presentes en la sociedad.

Así, y aunque en España desde 1978 el artículo 39 CE plasmaba un concepto amplio y plural de familia, lo cierto es que, hasta hace relativamente poco, las normas estatales -las autonómicas han ido más raudas<sup>7</sup> consagraban un modelo de familia basado en el matrimonio heterosexual<sup>8</sup>. Aunque se admitía desde 1981 el divorcio, éste era causalista, lo que implicaba la búsqueda de un culpable y se presentaba al Estado como protector último del vínculo conyugal<sup>9</sup>. En materia de capacidad, el

<sup>5</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994-2, pp. 572-573.

<sup>6</sup> Vid. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la familia", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1995-2, pp. 249-270; D. MAYER, "Evolution du statut de la familia en droit international privé", *Journal du Droit international*, 1977-2, pp. 447-469.

<sup>7</sup> Hasta el momento, sólo leyes autonómicas regulan las parejas de hecho, tanto hetero como del mismo sexo. De sumo interés es su coexistencia con el *Reglamento (UE) 1104/2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*. Algunas de las cuestiones más problemáticas son analizadas por M. MOYA ESCUDERO, "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018, 32 pp.

<sup>8</sup> La *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* [BOE núm. 157, de 2-VII-2005], introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí.

<sup>9</sup> Con 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* [BOE núm. 163, de 9-VII-2005] se elimina el sistema causalista de divorcio en España y se sustituye por un sistema volitivo, en que basta la manifestación de la voluntad de querer divorciarse para poder hacerlo.

particular tenía el terreno vedado hasta que se pudo introducir en nuestro ordenamiento la institución de la autotutela<sup>10</sup>. Cosa que sigue sucediendo en el Derecho sucesorio, fuertemente intervenido por el Derecho imperativo estatal. También en materia de transexualidad, se están presentando obstáculos en España ante la posibilidad de reconocer a nivel nacional la autodeterminación de género a través de su despatologización<sup>11</sup>.

Las reformas que se han producido en los últimos años en el Derecho de familia español encuentran su origen en el artículo 10 CE, al consagrar éste un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual (“libre desarrollo de la personalidad”) y el respeto a la dignidad humana (y a “los derechos inviolables que le son inherentes”).

Si bien es verdad que, en el Derecho de familia español, la autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente muy limitada, poco a poco, ha comenzado a conquistar pequeñas parcelas de libertad que, por fuerza, deberían traducirse también en una formulación más adecuada a los nuevos tiempos de nuestras normas de DIPr.<sup>12</sup>.

7. Un análisis de las normas de conflicto españolas que regulan la ley aplicable al estatuto personal, a las instituciones incardinadas en el Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, nos enfrenta con una dura realidad, puesta de manifiesto persistentemente por la doctrina. Nuestro sistema autónomo de DIPr. no está adaptado a los nuevos tiempos. Esta carencia, no obstante, hoy en día, ha quedado en cierto modo mitigada, si se tiene en cuenta el desplazamiento progresivo que el DIPr. de origen europeo y de origen convencional está haciendo de nuestro sistema interno, hasta el punto de que, cuando no ha sido directamente sustituido a través de remisiones a textos de origen convencional (p. ej., art. 9.4 II, 9.6 I o 9.7 Cc), su aplicación efectiva se limita al Derecho interregional, en los casos en que los Reglamentos europeos son de aplicación universal.

La mayor parte de nuestras normas de conflicto internas fijan como principal o único punto de conexión la nacionalidad. Y esto que para algunos ha sido defendido como bandera del respeto a la multiculturalidad, si bien es verdad que no pretendidamente buscado, no parece que sea la solución idónea para resolver cuestiones en las que están con frecuencia llamados a dialogar ordenamientos jurídicos con muy diferentes concepciones de la justicia en estas materias.

8. Hasta la llegada de la normativa europea, la autonomía de la voluntad era un criterio que no estaba presente en el sistema español de DIPr. en lo relativo al estatuto personal y al Derecho de familia y de sucesiones, a excepción de la limitada intervención en el artículo 9 apartados segundo y tercero del Código Civil<sup>13</sup>. En el Derecho convencional, sin embargo, la autonomía de la voluntad conflictual ya estaba presente, como en el artículo 8 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos, que contempla la posibilidad de elegir el Derecho aplicable entre una serie de ordenamientos previamente designados, siempre que los alimentos no afecten a menores de 18 años. También el *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre regímenes matrimoniales* (art. 3)<sup>14</sup>, el *Convenio de 20 de*

---

<sup>10</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad [BOE núm. 277, de 19-XI-2003]. Y esta concepción cambiará aún más tras la publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 [BOE núm. 132, de 3-VI-2021], que marca un profundo cambio de paradigma en esta materia, poniendo siempre el acento en la persona con discapacidad y facilitándole apoyos únicamente en la medida en que los necesite.

<sup>11</sup> A. DURÁN AYAGO, “La autodeterminación de las personas trans”, publicado en <https://theconversation.com/la-autodeterminacion-de-las-personas-trans-144184>, consultado el 18 de mayo de 2021.

<sup>12</sup> Vid. P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en A. L. CALVO CARAVACA, / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Editorial Colex, 2000, p. 168.

<sup>13</sup> E. ZABALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Editorial Colex, 2001, pp. 22 y ss.

<sup>14</sup> Si bien se trata de una autonomía limitada, dado que los futuros esposos sólo podrán elegir, antes de su matrimonio, entre una de estas leyes: ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes en el momento de la elección; ley del Estado en que los contrayentes tengan su residencia habitual en el momento de la elección; ley del Estado en el que los esposos fijarán su residencia tras el matrimonio.

octubre de 1988 sobre ley aplicable a la sucesión por causa de muerte (art. 6) y el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección de adultos, aunque de estos últimos España no forma parte.

En el régimen europeo de DIPr., en todos los Reglamentos que se han ido elaborando sobre Derecho de familia y también en el de sucesiones, está presente la autonomía de la voluntad conflictual<sup>15</sup>, aunque siempre limitada a una serie de conexiones que traslada cierta proximidad de la situación privada con el Derecho que es posible elegir. Así, el artículo 5 Reglamento (UE) 1259/2010<sup>16</sup> y los respectivos artículos 22 del Reglamento (UE) 1103/2016<sup>17</sup>, del Reglamento (UE) 1104/2016<sup>18</sup> y del Reglamento (UE) 650/2012, si bien en este último caso, la posibilidad de elección se reduce a una única ley, la ley de la nacionalidad del causante<sup>19</sup>.

9. Esta incorporación progresiva de la autonomía de la voluntad a facetas en las que tradicionalmente había estado vedada se asienta sobre el reconocimiento de que es el individuo al que se le va a aplicar la norma quien se encuentra mejor posicionado para elegir, en términos generales, bien que se le aplique la ley de su nacionalidad, o bien la de su domicilio, dejando que sea él quien resuelva la interculturalidad implícita en el caso, optando por la aplicación del Derecho que considere que le va a aportar una respuesta más justa<sup>20</sup>.

Con el establecimiento de la autonomía de la voluntad como punto de conexión se evitará que sea el juez el que tenga que valorar las circunstancias que concurren en el caso para determinar la ley aplicable, dado que, en función de la elección del Derecho, se podrán concretar muchos aspectos que sería menester indagar de no haber sido elegida la ley. Así, si se elige el Derecho del país de origen, previsiblemente será porque se trate de una inmigración temporal, porque persistan los vínculos con el país de origen, facilitando esta elección un reconocimiento de una hipotética sentencia española en el país de procedencia del inmigrante. Si, por el contrario, se elige el Derecho español, en tanto domicilio del inmigrante en España, ello puede indicar que la conexión con el país de origen se ha relajado, que el inmigrante se halla integrado en la sociedad de acogida, y que probablemente no se necesite un reconocimiento de una hipotética sentencia española en su país de origen. Aunque también es verdad que la elección de la ley española se puede deber, simplemente, a las facilidades de aplicación que ésta presenta, la más evidente que el derecho español no necesita ser probado para ser aplicado en España.

10. Además, la autonomía de la voluntad presenta la ventaja de poder actuar como un principio intermedio entre el principio de proximidad y el elemento material localizador<sup>21</sup>, y ello porque las par-

<sup>15</sup> Vid. A. S. DE SOUSA GONÇALVES, “El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 30 de septiembre de 2016.

<sup>16</sup> El artículo 5 Reglamento 1259/2010 propone la posibilidad de elegir entre las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro.

<sup>17</sup> El artículo 22 permite elegir bien la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, bien la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

<sup>18</sup> En este caso, el artículo 22 propone la posibilidad de elegir entre tres leyes: a) la ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo; b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo o c) la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

<sup>19</sup> Se precisa en este artículo que si el causante posee varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

<sup>20</sup> Entiende P. GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue Critique du Droit International*, 1992, p. 428, que, de esta manera, se pueden conciliar las exigencias de una política de asimilación cuando su realización sea posible, con la necesidad de tener en cuenta los particularismos de la cultura del inmigrante, cuando éste prefiera recurrir a su ley de origen. Vid. también A. E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie de la volonté en droit international privé”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619-636 y P. LAGARDE, “Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional, Varia*, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1687-1708.

<sup>21</sup> Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 249; P. LAGARDE, “Le principe de

tes van a elegir, previsiblemente, el Derecho más vinculado con su relación, que además va a coincidir con el que consideren que refleja la mejor noción de justicia. Esta posibilidad de elección de ley va a estar limitada, pues sobre la base del principio de proximidad, se van a poder elegir únicamente los ordenamientos jurídicos que justifiquen un interés para regular un determinado caso<sup>22</sup>. De esta manera, al principio de previsibilidad, garantizado por la elección de la ley por las partes, se le une el principio de seguridad jurídica.

**11.** Esta autonomía de la voluntad conflictual limitada choca con la libertad absoluta que contempla el *Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*<sup>23</sup> en su regulación de la ley aplicable a los contratos<sup>24</sup>. Sin embargo, ya hemos puesto de manifiesto que ambas cuestiones no son comparables. Mientras en los contratos se pretende obtener una seguridad jurídica a través de la previsibilidad vinculada intrínsecamente a la idea de eficiencia (reducción de costes), en el Derecho de familia se pretende lograr el respeto a la identidad cultural provocando el diálogo, generalmente entre dos ordenamientos, el nacional y el de la residencia habitual. De esta manera, se garantiza la seguridad jurídica a través de la previsibilidad de la ley aplicable, una ley que va a estar intrínsecamente vinculada con el libre desarrollo de la persona y con el respeto a su dignidad, y que aporta a su vez flexibilidad a la respuesta jurídica<sup>25</sup>.

En cuanto a la forma en que debería llevarse a cabo la elección de la ley en materia de Derecho de familia y de sucesiones, obviamente debería tratarse de una elección de ley explícita, por escrito y normalmente ante autoridad pública<sup>26</sup>. Aunque cabría plantearse si sería posible, con limitaciones, una elección tácita de la ley en el proceso, si, por ejemplo, una parte iniciara un procedimiento y argumentara su posición conforme a una ley que la otra parte no discute.

**12.** Dicho esto, dos precisiones y una apreciación. En primer lugar, que la autonomía de la voluntad material en Derecho de familia también será más limitada que la que existe en Derecho contractual, por cuanto que en la mayoría de los Estados persiste una concepción imperativa sobre aquellas materias<sup>27</sup>, frente a la libertad de pactos que existe en materia contractual (art. 1255 Cc).

En segundo lugar, no está de más plantearse si los ordenamientos de inspiración islámica contemplan la autonomía de la voluntad como medio para determinar el Derecho aplicable. Al respecto, hay que señalar que el Derecho musulmán clásico es un sistema esencialmente consensual. Los límites no atañen a la forma, sino al fondo, por cuanto la voluntad debe respetar la ley religiosa o *Sharia*, tanto en Derecho contractual como en Derecho de familia<sup>28</sup>. Lo que se traduce en que sólo se aceptará la auto-

---

proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours*, t. 196, 1986, p. 64, sostiene que el principio de autonomía es el complemento racional del principio de proximidad.

<sup>22</sup> Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 256.

<sup>23</sup> DO L 177, de 4-VII-2008.

<sup>24</sup> A diferencia del artículo 10.5 Cc que exige una conexión entre el contrato y la ley: “[s]e aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”.

<sup>25</sup> B. AÑOEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia”, en J. FORNER DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131.

<sup>26</sup> En el Reglamento de sucesiones, se dispone que la elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo; la validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida, y cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa* (apartados 2, 3 y 4 del art. 22). En el Reglamento 1259/2010 (art. 7) y en los Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016 (respectivos artículos 23), se indica expresamente que el convenio o acuerdo debe realizarse por escrito y estará fechado y firmado por los cónyuges o miembros de la pareja.

<sup>27</sup> Vid. las distintas connotaciones entre autonomía de la voluntad conflictual y autonomía de la voluntad material en M. KELLER / A. SCHLAEPFER, *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*, Zurich, 1982, pp. 5 y ss.

<sup>28</sup> Vid. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté...*, op. cit., pp. 46-49.

mía de la voluntad si a través de ésta se ha elegido la *Sharia* o una ley que respete el contenido de la ley religiosa. Ahora bien, en la medida que se respete esta ley, la autonomía de la voluntad material suele ser más amplia que en los países occidentales, pues a través de las cláusulas *Shurût* pueden introducirse disposiciones en el matrimonio (de naturaleza contractual en el Derecho musulmán), sobre la poligamia, el repudio, las causas de divorcio, la obligación de restituir la dote tras el divorcio, etc.<sup>29</sup>.

Por último, una apreciación. Sorprende que en un sistema plurilegislativo como el español no se haya optado por introducir la autonomía de la voluntad como criterio de conexión para resolver las situaciones interregionales<sup>30</sup>. Más si se tiene en cuenta que la autonomía de la voluntad conflictual es quizás el mecanismo más adecuado para respetar el pluralismo tanto cultural como jurídico.

### III. Falta de adecuación de la cláusula de excepción del orden público internacional en un contexto intercultural

#### 1. Interculturalidad y orden público internacional

##### A) Introducción

13. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos laicos y los ordenamientos jurídicos de base religiosa pueden presentar especiales dificultades, puesto que al pluralismo normativo se añade el pluralismo cultural y religioso<sup>31</sup>. A ello hay que unir que los individuos tienen un fuerte interés en el reconocimiento universal de sus relaciones jurídicas; la familia no conoce fronteras ni políticas ni jurídicas<sup>32</sup>. Es necesario, pues, establecer un diálogo, una comunicación entre los Derechos con vocación para regular una determinada situación privada internacional. Un recurso sistemático al orden público internacional supone la constatación de un DIPr. desactualizado, y ello a pesar de que para muchos este recurso sigue siendo una vía útil para afrontar cuestiones interculturales<sup>33</sup>.

14. Partamos de la base de que el orden público internacional no reviste el mismo significado en los sistemas de conflicto de los países laicos y en los países confesionales. En los primeros, se presenta como un procedimiento de evicción de la ley extranjera cuando ésta está en contradicción con los principios fundamentales del sistema del foro. Actúa *a posteriori*, una vez se ha constatado que la aplicación de la citada ley a la concreta situación provocaría una contradicción manifiesta con los valores y principios del foro. En los países confesionales, en cambio, el orden público internacional actúa dotando de carácter imperativo a ciertas disposiciones del Derecho del foro, cuyo carácter religioso priva a los Derechos extranjeros de toda pretensión de ser aplicados<sup>34</sup>. De esta manera, el orden público internacional

<sup>29</sup> Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, pp. 152-154.

<sup>30</sup> A. FONT I SEGURA, *Una construcción sistemática del Derecho interregional*, segundo ejercicio oposición, Barcelona, 2002, *passim*.

<sup>31</sup> *Vid.* P. GANNAGÉ, “La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours*, t. 164, 1979, pp. 347-423; L. GANNAGÉ, “Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures”, *Recueil des Cours*, t. 357, 2013, pp. 235-488; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actual”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994, p. 227.

<sup>32</sup> E. JAYME, “O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI” – Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio, en *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a E. Jayme*, Renovar, 2005, t., p. 27.

<sup>33</sup> En este sentido, la Declaración de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de las II Jornadas iberoamericanas de Estudios internacionales de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, hecha en Montevideo, el 27 de octubre de 2006. En su punto quinto se afirma lo siguiente: “*Asumimos que el Derecho internacional privado en la hora actual tiene dificultades para resolver con moldes viejos problemas propios de una nueva realidad, pero entendemos que cuenta con la cláusula de orden público como mecanismo suficiente que permitirá un equilibrio entre el respeto a la identidad cultural del inmigrante y la protección de los derechos fundamentales que configuran el modelo familiar del Estado de acogida, así como dotar de soluciones particulares a cada caso concreto*”.

<sup>34</sup> P. GANNAGÉ, “La coexistence des droits confessionnels...”, *loc. cit.*, p. 387.

no es en los sistemas confesionales el fruto de una tentativa infructuosa de relación entre los Derechos en presencia, sino que actúa impidiendo toda la relación, negando la comunicación entre ellos.

Constatemos que el respeto a la diversidad sólo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro<sup>35</sup>. El DIPr. intenta tender puentes entre los bordes de los abismos existentes entre las sociedades. Así, el internacionalista debe moverse en un difícil equilibrio: equilibrio entre, por un lado, acogida de sistemas extranjeros, por ser el DIPr. “una invitación al otro”, que se traduce en la tolerancia<sup>36</sup> y, de otro lado, respeto de los principios que considere dotados de una universalidad al menos potencial. Por tanto, se trata de acoger las diferencias respetando ciertas exigencias esenciales<sup>37</sup>.

**15.** Dicho esto, conviene aclarar que, a mi juicio, al DIPr. no le corresponde realizar una labor de integración o asimilación del extranjero, a raíz de la concreción de sus normas. Eso es una cuestión que escapa a su alcance<sup>38</sup>. Pero sí debe gestionar la diferencia respondiendo a criterios de justicia que sepan combinar el respeto a la identidad cultural de los inmigrantes con los valores y principios irrenunciables imperantes en el Estado del foro.

La constante referencia al orden público internacional no parece que sea la vía más adecuada para lograr una respuesta apropiada a estas situaciones. Y ello porque el sistemático recurso a esta cláusula de excepción sólo denota la profunda incapacidad de un sistema de DIPr. para gestionar la diferencia. Rechaza el diálogo e impone por la fuerza el Derecho del foro, como si fuera mejor y de más calidad que el que rechaza aplicar.

**16.** La cláusula del orden público internacional es un mecanismo rígido y pretendidamente materializador para solucionar un problema de una norma de conflicto configurada desde los caracteres de neutralidad y rigidez. Así lo concibió SAVIGNY en el siglo XIX y así permanece, prácticamente inalterado, en nuestros días<sup>39</sup>. Se ha dicho que constituye una cláusula de excepción destinada a flexibilizar la norma de conflicto, pero sobre todo a materializar la misma. Sin embargo, y sin discutir que su pretensión sea dejar de aplicar un Derecho que se considera manifiestamente contrario a los principios y valores que conforman el ordenamiento jurídico del foro, el grado de flexibilización que presenta es discutible. Es una solución rígida a una propuesta rígida, sobre todo si se trata de una norma de conflicto que sólo posee un punto de conexión, y que conducirá irremisiblemente a la aplicación de la ley del foro, no sólo como último sino como único recurso. En realidad, se trata de un mecanismo de salvaguardia necesario, pero a la vez constituye una cláusula de reserva de la que no se debe abusar<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *Recueil des Cours*, t. 211, 1988, p. 365.

<sup>36</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, *passim*.

<sup>37</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, p. 275; P. MAESTRE CASAS, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Editorial Colex, 2001, pp. 195-212, esp. p. 201.

<sup>38</sup> Sobre la relación de las reglas de DIPr. con la política en materia de inmigración, *vid.* CH. LABRUSSE, “La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *Travaux du Comité Français de Droit international privé*, 1975-1977, París, 1979, pp. 111 y ss.

<sup>39</sup> F. KNOEPLER / P. SCHWEIZER, “Règles de conflit et “justice matérielle” en droit de la famille”, en *Problèmes de droit de la famille, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit et des sciences économiques de l’Université de Neuchâtel à l’occasion du congrès de la Société suisse des juristes, à Neuchâtel, du 11 au 13 septembre 1987*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1987, p. 104, apuntan que la frecuencia de la utilización del orden público internacional dependerá de la armonía entre el derecho material del foro y la estructura de la regla de conflicto. Si la regla de conflicto llama con frecuencia al Derecho extranjero, la referencia al orden público internacional corre el riesgo de ser más intensa que en un sistema domiciliar donde se establece un vínculo estrecho entre el foro y el Derecho aplicable. En sistemas más abiertos a las decisiones y soluciones extranjeras, el orden público internacional, en su efecto atenuado, sólo intervendrá en situaciones excepcionales.

<sup>40</sup> B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur le «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours*, t. 186, 1984-III, p. 343; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en Droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 239, 1993-II, pp. 228 y ss.

17. En las circunstancias actuales, en donde el pluralismo cultural y jurídico es algo cotidiano, el recurso sistemático a esta excepción no resuelve los problemas<sup>41</sup>. No debe olvidarse que la cláusula del orden público internacional supone una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, por lo que su aplicación debe ser excepcional y siempre que esté manifiestamente justificada, puesto que a la postre supone el fracaso de la propia norma de conflicto.

Cierto es que los jueces españoles han ido tomando conciencia, paulatinamente, de que para aplicar esta cláusula no hay que considerar en su generalidad el ordenamiento extranjero y contraponerlo con el nuestro, sino que se trata de comprobar que el Derecho extranjero aplicado a la concreta situación podría producir una vulneración intolerable y manifiesta de los valores y principios que instruyen nuestro ordenamiento jurídico<sup>42</sup>, que hay que reconducir a la protección de la dignidad humana de cuya articulación son reflejo los derechos humanos<sup>43</sup>.

18. Aunque el orden público internacional es un concepto jurídico indeterminado<sup>44</sup>, parece haber cierto consenso doctrinal en que el contenido (básico) del mismo se halla integrado por los derechos fundamentales constitucionales y los derechos humanos proclamados en Tratados internacionales<sup>45</sup>. La clave en este contexto es precisar en qué medida el contenido y la operatividad de la reserva de orden público internacional resultan condicionados por el respeto a identidades culturales dispares y la relativización de nuestros valores constitucionales<sup>46</sup>.

19. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades fundamentales (en adelante, CEDH)<sup>47</sup> y sus protocolos establecen el conjunto de derechos humanos común a todos los países participantes, tendiendo a constituir un auténtico orden público europeo<sup>48</sup>. A este Convenio hay que añadir la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, de 12 de diciembre de 2007<sup>49</sup> que recoge,

<sup>41</sup> CH. LABRUSSE, “La compétence et l’application...”, *loc. cit.*, p. 125, señala que la frecuencia con que se recurre al orden público internacional demuestra la persistencia de una tradición de hostilidad al pluralismo jurídico. J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 252 y ss., que ha puesto de manifiesto la necesidad de elaborar una teoría sociológica del orden público, sostiene que una sistemática recurrencia al orden público internacional supone una inadaptación del DIPr. a la base real de situaciones privadas internacionales sobre la que ha de actuar. Por su parte, E. ZABALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *loc. cit.*, p. 13, opina que la clásica excepción del orden público internacional está llamada a desempeñar una nueva función, dando la medida del grado de tolerancia que acepta la sociedad, esto es, hasta dónde el derecho de identidad puede llegar a alterar el orden público de los derechos fundamentales.

<sup>42</sup> Como señala J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, p. 253, hay que evitar la intervención del orden público internacional fundamentada sobre una comparación abstracta de los Derechos en presencia. *Vid.*, por ejemplo, STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de enero de 2018; STS, sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de diciembre de 2019; STS, sala de lo Social, de 2 julio de 2020; SAN, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2019; STSJ Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de marzo de 2018; STSJ Cataluña, sala de lo Social, de 25 de abril de 2016; STSJ Andalucía, sala de lo Social, de 24 de mayo de 2018.

<sup>43</sup> E. JAYME, “O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI...”, *loc. cit.*, p. 25, ha puesto de manifiesto que son los derechos humanos configurados como valores universales e internacionales los que concretan el orden público nacional.

<sup>44</sup> A. BUCHER, “L’ordre public...”, *loc. cit.*, pp. 25 y ss.; P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959; ID., “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 263 y ss.; J. FOYER, “Remarques sur l’évolution de l’exception d’ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 285-302.

<sup>45</sup> P. HAMMIE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Revue Critique de Droit International Privé* 86 (1), 1997, pp. 1-31; F. CADET, *L’ordre public en Droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, L’Harmattan, 2005, pp. 55 y ss.

<sup>46</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1998, p. 548; P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, *loc. cit.*, pp. 169 y ss.

<sup>47</sup> Adoptado por el Consejo de Europea el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación por España publicado en el *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>48</sup> E. JAYME, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *loc. cit.*, p. 231; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural...”, *loc. cit.*, p. 551; P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, *loc. cit.*, p. 177; J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, *loc. cit.*, pp. 55-74.

<sup>49</sup> *DO C* 303, de 14 de diciembre de 2007.

adaptándola, el texto de la Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000<sup>50</sup>, a la que sustituyó a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007<sup>51</sup>. Desde ese momento, los derechos fundamentales comprendidos en la Carta son directamente invocables por todos los ciudadanos europeos, esto es, su contenido es jurídicamente vinculante<sup>52</sup>.

Pero ¿verdaderamente estamos cercanos a la creación de un concepto de orden público europeo?<sup>53</sup>. En la concreción del contenido del orden público internacional, me parece necesario distinguir entre un orden público europeo, gestado en torno al CEDH y un orden público común a los Estados miembros de la Unión Europea (intraeuropeo), construido en torno a la Carta europea de Derechos fundamentales<sup>54</sup>.

**20.** Estimo que lenta pero inexorablemente estamos asistiendo a la creación de un concepto de orden público intraeuropeo que va a trascender y superar el tradicional carácter nacional y particular del orden público internacional. A ello está contribuyendo de forma decisiva la jurisprudencia del TJUE<sup>55</sup>, si bien es verdad que fundamentalmente este concepto se está creando en el ámbito procesal<sup>56</sup>. Desde la perspectiva del Derecho aplicable en materia de familia y de sucesiones, los Reglamentos europeos están contribuyendo a cristalizar normas imperativas comunes<sup>57</sup>, lo que a su vez coadyuva a ratificar la elaboración de este concepto de orden público intraeuropeo, que llegará un momento que sólo actúe *ad extra*, es decir, respecto de las resoluciones o Derechos de terceros Estados, ya que con la aproximación de las legislaciones en el contexto europeo lo que se pretende es eliminar la acción del orden público *ad intra*, que a la postre supone un obstáculo a la creación y desarrollo del espacio judicial europeo. Así, llegará el momento en que, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho interregional, el orden público internacional no pueda ser alegado para impedir aplicar un Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea, o para evitar reconocer una resolución procedente de sus tribunales. Sin embargo, alcanzará toda su expresión un orden público europeo *ad extra*, de cuya aplicación uniforme probablemente se encargará el TJUE.

**21.** Ahora bien, de distinto grado e intensidad es el orden público europeo. En este caso, nos encontramos más ante hipótesis que ante realidades. Por mucho que los Estados parte del CEDH hayan incorporado a sus ordenamientos respectivos su catálogo de derechos, es bien sabido que a la hora de

<sup>50</sup> DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

<sup>51</sup> El Tratado de Lisboa optó por realizar una incorporación por referencia que otorga a la Carta valor convencional, pero no se incluye en el Tratado tal y como hacía el frustrado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

<sup>52</sup> Téngase en cuenta que el Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia excepciona la aplicación de la misma en este Estado. Lo mismo se hacía respecto de Reino Unido, que dejó de ser parte de la Unión Europea el 31 de enero de 2020.

<sup>53</sup> I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 1993, pp. 927-940; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, vol. 2, p. 443; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, vol. 8, pp. 593-617; F. CADET, *L'ordre public en Droit international de la famille...*, loc. cit., pp. 25 y ss.; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, loc. cit., p. 260, ha señalado que parece que es la confrontación con el Islam en donde parece existir una relativa unidad de los ordenamientos jurídicos europeos.<sup>53</sup>

<sup>54</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, en N. BOUZA / C. GARCÍA / A. RODRIGO, (coords.), *La Gobernanza del interés público global*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 146-181.

<sup>55</sup> Vid. las SSTJCE 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*; de 28 marzo 2000, *Krombach* y de 11 de mayo de 2000, *Renault*. En el caso *Krombach*, el TJCE llena de contenido el concepto de orden público procesal, señalando que el respeto de los derechos de defensa constituye un principio fundamental del Derecho comunitario, inspirado en los derechos fundamentales garantizados por el CEDH. En el caso *Renault*, el TJCE precisó que, aunque el concepto de orden público sigue siendo un concepto nacional y que “no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante”, le corresponde sin embargo “controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”.

<sup>56</sup> Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, “El orden público como motivo de denegación de la ejecución al amparo del Reglamento Bruselas I bis”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, 2017, pp. 117-141.

<sup>57</sup> P. HAMMJE, “Ordre public et lois de pólce: limites à l'autonomie de la volonté?”, en P. WAUTELET / H. FULCHIRON / A. PANET (eds.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 129; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo...?”, loc. cit., pp. 178-180.

hacer valer la excepción del orden público internacional cada uno podrá calibrar de forma diferente su intervención. Dicho de otra manera, los derechos que recoge el Convenio no despliegan idénticos efectos en todos los ordenamientos de los Estados parte, porque cada uno tiene su regulación particular de Derecho privado. Así, por ejemplo, será normal que todos consideren contraria a la igualdad la poligamia, pero no todos van a aplicar el orden público internacional de la misma manera. Incluso puede darse el caso de que el mismo principio de la igualdad sea considerado de forma diferente por España que por Suiza, por ejemplo, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

**22.** Más allá de la concreción del contenido del orden público internacional, me interesa reseñar que el DIPr. no está llamado en ningún caso a resolver conflictos de civilizaciones, lo que entronca directamente con el uso que se puede llegar a hacer de este mecanismo. La norma de conflicto española puede llamar, para aportar la regulación material de una situación privada internacional, a un Derecho extranjero que “choque” con lo que es la estructura axiológica básica de nuestro ordenamiento jurídico, formado por principios y valores generales y constitucionales que el legislador español considera que en ningún caso se pueden vulnerar<sup>58</sup>. Generalmente, esta situación surge cuando es aplicable un Derecho extranjero en virtud de la nacionalidad de la persona en cuestión, que está inspirado sobre la base de unos principios y valores “totalmente” diferentes a los nuestros. En estos casos, muchos plantean de forma drástica y errónea qué concepción del Derecho debe prevalecer: si la del Derecho extranjero, llamado por la norma de conflicto española, que supondría el respeto a la identidad cultural de la persona en cuestión, o la de nuestro ordenamiento jurídico, preservando unos principios y valores que para el legislador español son de imperativa observancia.

**23.** La respuesta no es fácil, pero de lo que no cabe duda es que aplicar la cláusula de excepción del orden público internacional tampoco nos resuelve el problema, dado que ello podría conducir a resoluciones claudicantes, y lo que es peor, a soluciones injustas. La solución al problema debe venir dada desde dos esferas complementarias: la legislativa y la judicial. Es necesario introducir soluciones interculturales en nuestro sistema de DIPr. No se puede optar por hacer de la cláusula del orden público internacional un adalid de lucha contra la que se entiende como concepción jurídica diferente sobre la base de los distintos valores culturales que la sustentan. La aplicación del orden público internacional debe valorarse en el caso concreto, a la luz de las circunstancias presentes en el mismo, y siempre teniendo como referencia al elemento privado de la relación, es decir, a las personas que en ella intervienen, de manera que sólo se recurra a esta cláusula en los casos en que quede acreditado que la aplicación del Derecho extranjero al caso concreto produciría un resultado que chocaría frontalmente con la concepción de justicia del foro<sup>59</sup>.

**24.** Podemos sostener sin temor a equivocarnos que cuanto más segura y madura es una sociedad menos deberá recurrir al orden público internacional para reafirmarse. El orden público internacional no puede ser la solución para protegerse del otro, ni se debe recurrir a él, en consecuencia, sistemáticamente, siempre que la norma de conflicto española remita para la regulación de un caso a un Derecho de inspiración islámica, por ejemplo. Eso sería utilizar una institución de Derecho privado con fines públicos o políticos<sup>60</sup>.

## **B) Alternativas legales**

**25.** Como avanzábamos, el recurso a la aplicación del orden público internacional podría mitigarse si se introdujera en las normas de conflicto que regulan las instituciones de Derecho de familia

<sup>58</sup> F. KNOEPFLER / P. SCHWEIZER, “Règles de conflit et “justice matérielle” ...”, *loc. cit.*, p. 111.

<sup>59</sup> A. BUCHER, “L’ordre public et le but social...”, *loc. cit.*, p. 22.

<sup>60</sup> En el mismo sentido, F. KNOEPFLER / P. SCHWEIZER, “Règles de conflit et “justice matérielle”...”, *loc. cit.*, p. 104, que sostienen que la reserva del orden público internacional no puede ser un instrumento destinado a establecer una política, sino simplemente debe estar orientado a evitar excesos.

y de sucesiones, el punto de conexión de la autonomía de la voluntad. Si así fuera, se introduciría en la norma una clara flexibilización, y se otorgaría a las partes la posibilidad de elegir el Derecho conforme al que quieren que se dirima su relación<sup>61</sup>. De esta manera, la previsibilidad y la seguridad jurídica aumentarían y se reduciría la incertidumbre que crea el orden público internacional a la hora de la concreción del Derecho a aplicar, porque no es posible prever en qué circunstancias precisas será invocado, lo que puede abrir la puerta a la arbitrariedad<sup>62</sup>.

**26.** La progresiva europeización de nuestro sistema de DIPr. ha traído consigo respuestas novedosas que van en esta línea. Así, por ejemplo, en materia de separación judicial y divorcio la intervención del orden público internacional ya no es tan frecuente, al haberse desplazado la conexión de la nacionalidad por otras conexiones que fundamentalmente están inspiradas en la especialización, aportando distintas respuestas en función del grado de extranjería presente en la relación y, por supuesto, introduciendo el principio de la autonomía de la voluntad como eje de referencia. Lo mismo cabe decir de la materia sucesoria, aunque la incidencia del orden público internacional en sucesiones no haya sido tan acusada.

**27.** No obstante, si bien la autonomía de la voluntad puede suponer una vía idónea para resolver cuestiones multiculturales, no ha de perderse de vista que va a estar limitada siempre por los valores y principios esenciales del Estado del foro<sup>63</sup>. En este sentido, el legislador europeo ha considerado que el aumento o la ampliación del papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional de familia y de sucesiones requiere adoptar algunas medidas en forma de cautelas para proteger a la parte más vulnerable o débil, y de ahí que los límites a esta autonomía de la voluntad conflictual vengan dados ya en la propia norma de conflicto, a través de su articulación con las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas, o a modo de correctivo a través de la excepción del orden público internacional<sup>64</sup>. En ambos casos, su aplicación debe ser rigurosa y limitada, corriendo el riesgo a contrario de desvirtuar por completo el ejercicio de la elección normativa.

### a) Divorcio y separación judicial: Reglamento (UE) 1259/2010

**28.** La relación de la autonomía de la voluntad y la necesidad de garantizar los valores y principios esenciales del foro encuentra una expresión particular en el artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010. A cuyo tenor, “[c]uando 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”. En este caso, pese a estar reconocida una autonomía de la voluntad limitada respecto de una serie de leyes que pueden ser próximas al caso<sup>65</sup>, si los cónyuges eligieran una ley que no respetara lo que podemos entender que son leyes de policía en esta materia en España y en el resto de Estados miembros del Reglamento, se aplicará la ley del foro<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> E. ZABALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *loc. cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>62</sup> B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel...”, *loc. cit.*, p. 345.

<sup>63</sup> *Vid.* A. PANET, “Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l’autonomie de la volonté?”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 104 (4), octubre-diciembre 2015, pp. 837-856.

<sup>64</sup> B. AÑOVIROS 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. 841.

<sup>65</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 5, las partes pueden cualquiera de las siguientes leyes: ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o ley del foro

<sup>66</sup> En este sentido, B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales et professio juris”, en L. D’AVOUT / D. BUREAU / H. MUIR-WATT (eds.), *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014, pp. 137-154, esp. p. 142. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 408-409, no consideran que el artículo 10 contenga leyes policía. A su juicio, el Reglamento (UE) 1259/2010 ha descartado

**29.** En concreto, el artículo 10 hace referencia a la ley que no contemple el divorcio, de un lado, y, de otro, a la que no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. En relación con la no contemplación del divorcio, y tras el reconocimiento en Malta del divorcio en 2011, este precepto persigue un objetivo europeo que no es otro que garantizar el derecho al divorcio de todos los ciudadanos que lo soliciten ante los tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento<sup>67</sup>. O, dicho con otras palabras, no será posible aplicar en ellos la ley de un Estado que no regule ni admita el divorcio en tanto institución jurídica. Resulta claro, en este sentido, la materialización de la norma de conflicto atendiendo al *favor divortii*, cuestión que, hoy en día, no resulta problemática por tratarse de una institución reconocida en la práctica totalidad de los Estados.

Respecto de la igualdad de acceso al divorcio y a la separación, la cuestión, en términos de multiculturalidad, se torna más compleja. Puesto que, en principio, descartaría la aplicación de todas aquellas leyes que no sólo contemplen la legitimación activa para uno solo de los cónyuges, normalmente el varón, sino también las legislaciones que contemplen distintas causas de divorcio/separación para el varón y para la mujer, así, por ejemplo, la *Mudawana* marroquí (código de familia), en sus artículos 78 y siguientes, establece causas de divorcio más amplias para el esposo que para la esposa<sup>68</sup>.

**30.** El artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010 actuaría como una “*loi de police européenne*”<sup>69</sup>, interviniendo ante el contenido *in abstracto* de la ley aplicable al divorcio y no ante el resultado manifiestamente incompatible de la *lex causae* con los principios fundamentales del foro en el caso concreto, apartándose en este sentido del tradicional funcionamiento de la excepción de orden público internacional<sup>70</sup>. Pero es ciertamente una ley de policía singular, puesto que su acción es directa en el rechazo de la aplicación de la ley designada por el artículo 5, en caso de utilización de la autonomía de la voluntad o del artículo 8, en defecto de elección de ley, haciendo aplicable directamente la ley del foro. Esto supone un intervencionismo (legeforismo) manifiesto que rechaza la multiculturalidad y que puede conllevar problemas en el reconocimiento de las decisiones en los países de origen de las personas afectadas. Repárese que los problemas se plantearían no en relación con aquellas legislaciones que no contemplen el divorcio, sino en relación con las legislaciones que por motivos de sexo no reconozcan la igualdad en el acceso al divorcio o a la separación judicial a ambos cónyuges.

**31.** No hay que perder de vista que la autonomía de la voluntad puede facilitar el reconocimiento de las decisiones. Imaginemos que en su primera comparecencia ante un juez español un varón argelino residente en España ejercita una acción de repudio contra la que es su mujer, de común acuerdo con ella y de conformidad con el Derecho argelino. En este caso, no sería necesario recurrir al orden público internacional, porque ya en el plano de la concreción del Derecho quedaría claro que ambos están de acuerdo sobre la aplicación del mismo. Esto haría que el reconocimiento en Argelia de esta decisión fuera más sencillo<sup>71</sup>. Más dudas caben acerca de si sería aplicable el artículo 10 Reglamento

---

la posibilidad de incluir normas de policía en sintonía con el proceso de contractualización y liberalización que vive el Derecho de familia. Sobre la relación entre las leyes de policía y el orden público internacional, *vid.* P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, pp. 153-272, esp. pp. 237-249.

<sup>67</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 401.

<sup>68</sup> *Vid.* “La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)”, en [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1\\_2030\\_nueva\\_mudawwana\\_marroqui.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf), consultado el 5 de mayo de 2021, pp. 91 y ss.

<sup>69</sup> B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales...”, *loc. cit.*, p. 142.

<sup>70</sup> N. CHIKOC BARREDA, “Normas de policía, materialización de soluciones y autonomía de la voluntad en el DIPR europeo en materia familiar y sucesoria”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, p. 107.

<sup>71</sup> El artículo 16.1.g) del citado Convenio hispano-argelino relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005, dispone que “[e]n materia civil y mercantil, las decisiones dictadas por la jurisdicción de las Partes contratantes..., serán reconocidas y ejecutadas por la jurisdicción competente de cada una de las Partes: en materia de estado y capacidad de las personas, podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de la resolución por el hecho de que la jurisdicción de origen haya aplicado una ley distinta a la que hubiera resultado aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado del Estado requerido, salvo que se hubiera llegado a un resultado equivalente mediante la aplicación de dichas normas”.

(UE) 1259/2010. En este caso, caben dos interpretaciones: la primera, entender que el Derecho argelino elegido regula de forma discriminatoria el acceso al divorcio y, por tanto, debería aplicarse el derecho español, en tanto ley del foro, lo que provocaría dificultades en cuanto a su reconocimiento en Argelia; la segunda, entender que el acuerdo al que han llegado los cónyuges en cuanto al repudio desactivaría la discriminación de entrada presente en el Código de familia argelino. Esta última interpretación parece más adecuada y ajustada a los intereses de los afectados.

**32.** Desde la perspectiva del reconocimiento, en materia de repudio, el Código de DIPr. belga introdujo un interesante precepto dentro del sector de la validez extraterritorial de decisiones. En este sentido, el artículo 57 fija las condiciones que habrán de darse para que una resolución de repudio pueda reconocerse en Bélgica. Para ello será necesario que el acto de repudio haya tenido lugar en un país de cultura musulmana en el que las partes residían y además ambas debían tener, en el momento de producirse, la nacionalidad de un país que conociera esta forma de disolución del matrimonio, con la condición complementaria de que la mujer haya aceptado el repudio. Esta regla, según FALLON, supone un bloqueo del repudio siempre que no se respeten estos parámetros, basado en dos conceptos inherentes al juego del orden público internacional en DIPr.: el criterio de la afectación de los derechos fundamentales de la persona (igualdad de sexos) y el criterio de proximidad<sup>72</sup>. De esta manera, con la especialización y materialización se evita la intervención del orden público internacional en una materia tan sensible como ésta.

**33.** En cuanto a la aplicación del artículo 12 Reglamento (UE)1259/2010, resulta de interés reparar en que el considerando 25, en la concreción de cómo debe operar el orden público internacional, impide su aplicación si su objetivo es descartar, por ejemplo, la legislación inspirada en principios religiosos<sup>73</sup>. En concreto, indica que “*los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello se vulnera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21, que prohíbe toda forma de discriminación*”. Se trata de una llamada de atención interesante para evitar tentaciones que lleven a descartar gruesamente la aplicación de la legislación de los Estados confesionales, como todos los que se inspiran en la *Sharía* islámica<sup>74</sup>. Por ello, para garantizar la interculturalidad es preciso encontrar un adecuado equilibrio entre autonomía de la voluntad y las leyes de policía, teniendo en cuenta que el propio legislador europeo ha desactivado la cláusula del orden público internacional en el contexto religioso que es, por otro lado, en el que más choques pueden producirse entre las distintas concepciones de la justicia en el Derecho de familia.

## **b) Regímenes económicos matrimoniales y efectos económicos de parejas registradas: Reglamento (UE) 1103/2016 y Reglamento (UE) 1104/2016**

**34.** Más explícita es la intervención de las leyes de policía en los Reglamentos (UE) 1103/2016 y 1104/2016, en cuyos respectivos artículos 30 se establece que “*1. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 2. Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al*

<sup>72</sup> M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-2, pp. 829-830; Id., “La matérialisation du nouveau droit international privé belge”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, tomo II, loc. cit.*, p. 1508.

<sup>73</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 408.

<sup>74</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2019), Vol. 11, N° 1, p. 45, nota 154, la denomina “cláusula de neutralidad” e indica que desde la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE la Comisión hizo hincapié en la obligatoriedad de incorporarla, lo que fue apoyado por Alemania, Eslovenia, Luxemburgo y Suecia

*régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento*<sup>75</sup>. Esto implica que la autonomía de la voluntad va a venir directamente modulada y limitada por las leyes de policía del foro, lo que hará en muchos casos que sea innecesario recurrir al orden público internacional<sup>76</sup>. Pero también conllevará cierto unilateralismo en el resultado, pues la acción de las leyes de policía puede ser más destructiva en lo relativo al respeto a la identidad cultural que el propio orden público internacional.

**35.** En los considerandos 53 y 52, respectivamente, de la exposición de motivos de ambos textos se precisa, no obstante, que únicamente consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros la posibilidad, en casos excepcionales, de hacer excepciones basadas en leyes de policía. Lo que implica que el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar<sup>77</sup>, pero sólo debe recurrirse a ellas con carácter excepcional y únicamente cuando se trate de leyes ordopolíticas o de dirección<sup>78</sup>. Estas normas cuyo objeto es la protección de la vivienda familiar forman parte, en la mayoría de los ordenamientos europeos, del régimen primario, esto es, del conjunto de normas de contenido esencialmente patrimonial que son aplicables a todo matrimonio y cuya naturaleza imperativa habrá que valorar en cada caso, pero si así se califica no admitirán pacto en contrario<sup>79</sup>.

Así, en España, tendría esta consideración, por ejemplo, la necesidad del consentimiento del cónyuge no propietario de la vivienda para disponer de ella o para grabarla con un derecho real (art. 1320 Cc)<sup>80</sup>.

**36.** En cuanto a la excepción del orden público internacional contemplado en los respectivos artículos 31 de los Reglamentos, se encuentra matizado en cuanto a su excepcionalidad en los considerandos 54 y 53, respectivamente. En concreto, precisa que “*los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «la Carta») y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación*”. Esta matización es similar a la realizada en el Reglamento (UE) 1259/2010. En su interior cabrá subsumir todas aquellas consecuencias que derivadas de la aplicación de la norma de conflicto vulneren el principio de igualdad o impliquen discriminación.

Hay que tener en cuenta que la introducción del artículo 9 Reglamento (UE) 1103/2016, desde mi punto de vista, poco acertado si se enfoca desde el respeto de la diversidad del derecho de familia, puesto que permite a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que sean competentes conforme a las reglas de competencia judicial internacional que establece el Reglamento, inhibirse si consideran que en sus ordenamientos jurídicos no está reconocido el matrimonio en cuestión, se traducirá en una reducción de la intervención del orden público internacional, puesto que, como precisan algunos autores, no parecería lógico no abstenerse para luego aplicar el orden público internacional<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> La definición material de ley de policía está tomada de la sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 1999, Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, apartado 30.

<sup>76</sup> A. PANET, “Le statut personnel...”, *loc. cit.*, pp. 848-856.

<sup>77</sup> Considerando 53 Reglamento 1103/2016 y considerando 52 Reglamento 1102/2016.

<sup>78</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 235.

<sup>79</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual...”, *loc. cit.*, p. 842.

<sup>80</sup> Apunta P. Quinzá Redondo, “La unificación-fragmentada del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, 41 (2017), p. 211, que aunque no se citen expresamente en el considerando 30, también podrían entenderse comprendidos dentro de las leyes de policía otros derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que no resultan disponibles para las partes, dentro del régimen económico matrimonial primario, como la igualdad de los cónyuges, la independencia patrimonial de éstos, el derecho de información recíproco de los bienes, ingresos y deudas, la contribución a las necesidades de la familia, etc. (arts. 1318 y ss. Cc).

<sup>81</sup> J. M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. Parra Rodríguez (dir.), *Nuevos Regla-*

### c) Sucesiones internacionales: Reglamento (UE) 650/2012

37. En materia de sucesiones internacionales, el legislador europeo ha seguido en la concreción de la cláusula del orden público internacional, regulado en el artículo 35, la misma dinámica utilizada en los Reglamentos de familia analizados, introduciendo en el considerando 58 una explicación limitativa de su intervención. En particular, sostiene que *“los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación”*. Esta modulación persigue reducir la actuación de la excepción a la mínima expresión posible.

Así, por ejemplo, si un ciudadano de nacionalidad iraní residente en España decide otorgar testamento conforme a su Derecho nacional podrá hacerlo, pero si la aplicación de ese Derecho supone, por ejemplo, contrariar el derecho de igualdad entre hombres y mujeres, de manera que el varón herede el doble que la mujer, deberá ser depurado e integrado conforme al Derecho del foro para no confrontar con su orden público internacional.

Podemos preguntarnos entonces en qué varía la actual solución dada por el Reglamento (UE) 650/2012 de la antes ofrecida por el artículo 9.8 Cc<sup>82</sup>. A mi juicio, el que el artículo 9.8 Cc considerara como único punto de conexión la nacionalidad del causante, implicaba que, de ser esta ley contraria al orden público internacional del foro, ésta quedaba automáticamente descartada. Sin embargo, si se ha elegido a través de la autonomía de la voluntad, el Derecho elegido debería aplicarse en todo lo que no fuera contrario al orden público internacional foro, lo que constituye un elemento diferenciador considero que importante.

38. Pero al igual que los Reglamentos anteriores, en este también hay una disposición que supone un freno a la autonomía de la voluntad. El artículo 30 contempla disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes tomando como referencia la *lex rei sitae*. Así, *“cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rijan la sucesión”*<sup>83</sup>. Matiza el considerando 54 que *“para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento, esta excepción a la ley aplicable a la sucesión ha de interpretarse en sentido estricto. Por consiguiente, ni las normas de conflictos de leyes que somete a muebles e inmuebles a leyes diferentes*

*mentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro*, Barcelona, 2013, pp. 277-278; A. Moreno Sánchez-Moraleta, “Las normas de conflicto del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales: normas materialmente orientadas”, *Revista Electrónica de Direito*, Febrero 2019, nº 1 (V. 18), p. 24.

<sup>82</sup> Vid. Resolución DGRN 8569/2016, de 20 de julio de 2016, en la que se consideró contrario al orden público internacional español el Derecho iraní por tratar de forma desigual al varón y a la mujer en la sucesión otorgándole en función de este hecho cuotas distintas [RJ\2016\4595]. Establece la Resolución que *“[l]a aplicación en España de la norma extranjera seleccionada por la norma de conflicto en los términos expuestos es incompatible con principios fundamentales o ideas eje que fundamentan el ordenamiento jurídico español como el principio de no discriminación recogido tanto en el artículo 14 de la Constitución española como en los relevantes convenios internacionales (artículos 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, y 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales –además principio general del derecho de la Unión Europea conforme al artículo 6 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–) normas que no sólo informan con carácter de principio orientador el ordenamiento jurídico, sino que son de aplicación directa en España, estando obligadas las autoridades españolas a garantizar el respeto a los principios indicados al valorar los resultados de la aplicación a que llama la norma de conflicto, por lo que no es posible atribuir efecto jurídico en España a una norma discriminatoria ni en la esfera judicial ni en la extrajudicial”*. Curiosamente, era la mujer discriminada la recurrente, cuestión que la DGRN despejó sosteniendo que *“[e]l hecho de que la recurrente sea la afectada no excluye la aplicación del principio de orden público, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos.”*

<sup>83</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 1021, la califican como norma de extensión.

*ni las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión en virtud del presente Reglamento pueden considerarse normas especiales que imponen restricciones sobre la sucesión respecto de esos bienes o que afectan a la misma”.*

39. En España existen reglas especiales de obligatoria aplicación, por ejemplo, en la Ley de Modernización de explotaciones agrarias, en concreto, no se permite la partición hereditaria de fincas rústicas cuando la partición no respete las unidades mínimas de explotación agrícola. También existen normas que permiten al testador preservar indivisa la empresa familiar con el pago en metálico de su legítima al resto de interesados (art. 1056 Cc). O el derecho de habitación del cónyuge superviviente discapacitado sobre la vivienda familiar (art. 822 Cc)<sup>84</sup>.

40. Esta limitación a la ley elegida por el causante frente a lo dispuesto por la *lex rei sitae* que prevalece sobre aquella, básicamente anticipa problemas de validez formal de la sucesión, puesto que con carácter general la transmisión de los bienes por herencia ha de respetar las normas imperativas del lugar de su situación. Esto plantea un equilibrio que puede llegar a ser complicado entre la ley nacional del causante y la ley de situación de los bienes, cuyas disposiciones imperativas prevalecerán en todo caso. Estas normas imperativas prevalecerán también sobre el derecho aplicable en defecto de elección de ley, puesto que realmente su sentido no gira tanto en torno a la limitación de la autonomía de la voluntad, como a garantizar que determinados intereses económicos de los Estados en que se encuentran los bienes del caudal hereditario no se vean afectados.

El considerando 54 se encarga de matizar que no se considerarán normas especiales aquellas que distinguen entre la ley aplicable a la sucesión de los bienes muebles y la de los bienes inmuebles (principio de unidad y universalidad de la sucesión), ni tampoco las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión en virtud del presente Reglamento. Realmente sorprende esta matización, pues parece que poco tienen que ver con normas especiales, sino con diferencias de criterios bien conflictuales, bien materiales.

#### **d) Alimentos: Protocolo de La Haya de 2007**

41. Por su parte, el artículo 8 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a los alimentos, precisa el contenido de ese derecho imperativo o, dicho de otro modo, concreta en qué casos la aplicación de la ley elegida por las partes no se va a respetar. En concreto, en el apartado cuarto dispone que “[n]o obstante la ley designada por las partes en virtud del apartado 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos”. Y en el apartado quinto, “[a] menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, esta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes”. Aunque en ambos casos se limita también la aplicación de la ley elegida, su concreción previa en una disposición legislativa hace que las partes ya sepan las consecuencias que tendrá elegir una ley que no se adecúe a estos postulados.

Su formulación es totalmente diferente de las fórmulas utilizadas en los Reglamentos europeos. En este caso, la limitación está implícita en la propia elección. De forma específica, para el caso de la renuncia por parte del acreedor a su derecho a alimentos, que sólo se podrá regular conforme a lo que disponga la ley de su residencia habitual, como forma de protegerlo. Y de forma general, impidiendo que la elección de ley tenga efectos si se demuestra que perjudica gravemente a cualquiera de las partes. La propia autolimitación en la elección de ley garantiza un equilibrio entre deudor y acreedor. Ello hará que no sea necesario acudir a disposiciones imperativas de otras leyes, porque la propia acción de la autonomía de la voluntad ya está materialmente orientada.

<sup>84</sup> Sobre algunas de las disposiciones especiales en distintos Estados miembros, puede consultarse [https://ics.utc.fr/ENM/M1\\_modifs\\_sara/ES/co/1\\_1\\_3\\_b.html](https://ics.utc.fr/ENM/M1_modifs_sara/ES/co/1_1_3_b.html), revisado el 4 de mayo de 2021.

Por otro lado, hay que tener en cuenta también que la elección de ley está limitada en una doble perspectiva: de un lado, porque únicamente es posible elegir alguna ley de las especificadas en el artículo 8 sobre la base del principio de proximidad<sup>85</sup>, y, en segundo lugar, porque no es posible elegir ley en el caso en que el acreedor de alimentos sea un menor de 18 años.

### c) Materias en las que está vedada la acción de la autonomía de la voluntad

42. En aquellas materias en que no es posible introducir la autonomía de la voluntad por no ser disponibles o, simplemente, no sea aconsejable por estar en juego intereses públicos, como, por ejemplo, todas las instituciones que están relacionadas con la protección del menor, la forma de reducir la intervención del orden público internacional es introducir normas de conflicto materialmente orientadas. Un ejemplo de ello es la reciente modificación del artículo 9.4 Cc, introduciendo puntos de conexión jerárquicos orientados a la determinación de la filiación. O establecer normas de conflicto con cláusulas de excepción, a imagen del artículo 15 *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 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*, en el que se combate la rigidez de la correlación *forum-ius*, permitiéndole al juez aplicar otro Derecho vinculado con el menor, si ese Derecho garantiza mejor su interés superior.

## IV. Conclusiones

43. Consecuencia del progresivo reconocimiento por parte los Estados de la capacidad de las personas para autonormar lo referido a ellas y a sus relaciones familiares, en correlación con el avance de la privatización en el Derecho de la persona, de la familia y de sucesiones, en el DIPr. la norma de conflicto se ha visto reforzada por la introducción de la conexión de la autonomía de la voluntad. Esta conexión, ampliamente utilizada en el Derecho patrimonial, se presenta en el Derecho de familia y de sucesiones como una oportunidad dada al individuo para decidir conforme a qué concepción de la justicia se identifica que, traducido en términos de multiculturalidad, básicamente permite decidir entre la aplicación de la ley nacional en tanto respeto a su identidad cultural u optar por la aplicación de la ley de su residencia habitual, permitiendo de esta manera plasmar la integración que la persona sentiría respecto del Estado de acogida.

La autonomía de la voluntad limitada, en aras de garantizar la aplicación de un derecho próximo, implica también una orientación material implícita en la propia norma de conflicto que permite manifestar el respeto a la dignidad de la persona y a su identidad cultural, un rasgo importante también para modular y reducir, como hemos visto, la acción del orden público internacional.

Pero junto con la introducción de la autonomía de la voluntad en la norma de conflicto, se ha añadido en el Derecho aplicable de todos los Reglamentos europeos, la acción de las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas, que van a suponer, a la postre, una limitación evidente a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Se trata de una concepción de la imperatividad internacional que de alguna manera supone trasladar al expediente normativo los principios y valores que integran el orden público internacional y que tienen la legitimidad suficiente para presentarlos como los valores mayoritariamente compartidos por los ordenamientos europeos<sup>86</sup>.

44. Esta materialización imperativa se aprecia con claridad en el artículo 10 del Reglamento (UE) 1259/2010 y el *favor divortii*, que siempre quedará garantizado con la aplicación del derecho del

---

<sup>85</sup> En el apartado primero del artículo 8, se especifica que puede elegir cualquiera de las siguientes leyes: la de la nacionalidad de cualquiera de las partes; la de la residencia habitual de cualquiera de las partes; la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.

<sup>86</sup> N. CHIKOC BARREDA, "Normas de policía...", *loc. cit.*, p. 120.

foro si la ley designada no contempla la posibilidad de divorcio. Más dudas genera la posibilidad de descartar la aplicación de la ley elegida (o designada en defecto de elección) por la aplicación de la *lex fori*, si aquella no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. En este caso, creo que hay que atender al contexto concreto del caso, si ha habido un pacto de elección de ley entre las partes, para no incurrir en un legeforismo exacerbado. Si se demuestra que el acuerdo se ha adoptado en libertad, no considero adecuado desplazar sin más el derecho elegido. La acción del orden público internacional, claramente limitada por el legislador, no obstante, actuaría como salvaguarda en el caso concreto en que se constatará alguna vulneración manifiesta de los principios y valores esenciales del foro.

**45.** En el caso de los Reglamentos (UE) 650/2012 y 1103/2016, la acción de las leyes de policía se basa en la especialidad de ciertas normas revestidas de imperatividad, pero siempre apostillando el carácter de excepcionalidad, siquiera sea porque en estas materias no hay una homogeneidad tan clara como la puede haber respecto del divorcio. En todo caso, también en ambos Reglamentos, la acción del orden público internacional queda claramente reducida por el propio legislador. De forma evidente, en estos casos, la autonomía de la voluntad podrá coexistir con las normas imperativas especiales en materia de vivienda familiar o con aquellas disposiciones especiales que por razones de índole económica, familiar o social haya que atender en torno a la ley de situación de los bienes inmuebles, en el caso de las sucesiones.

**46.** Totalmente diferente es la configuración de la acción de la autonomía de la voluntad conflictual en el Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a los alimentos. En este caso, los límites no derivan de otro expediente normativo como las leyes de policía, sino que se integran en la propia norma de conflicto, permitiendo al operador judicial que valore la validez del acuerdo de elección en función del resultado al que se llegue, garantizando que no conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes.

**47.** En definitiva, la autonomía de la voluntad conflictual ha llegado al Derecho de familia y sucesiones, pero eso no implica que se vaya a respetar siempre. La imperatividad tradicional de este Derecho hace que la acción de las leyes de policía sea importante, lo que a su vez reduce la intervención del orden público internacional. En todo caso, es preciso reconocer que el legislador europeo se ha encargado de apostillar que cualquier excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto necesitará de una justificación precisa. Porque se quiera o no, la autonomía de la voluntad, también en estas materias, ha llegado para quedarse y puede constituir una garantía en la construcción del DIPr. intercultural que necesitamos.

PUBLIC POLICY: UNITED IN DIVERSITY...  
WITHIN THE MARRIAGE?

L'ORDINE PUBBLICO: UNITI NELLA DIVERSITÀ...  
NEL MATRIMONIO?

SILVIA MARINO

*Associate Professor*

*Università degli Studi dell'Insubria, Como/Varese*

Recibido: 18.05.2021 / Aceptado: 07.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6312>

**Riassunto:** Il presente lavoro indaga lo sviluppo della nozione di ordine pubblico nella definizione di matrimonio. Prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito della libera circolazione delle persone e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto alla vita privata e familiare, sono analizzate le incertezze derivanti dalle divergenze normative nazionali. Quindi, è esaminato l'impatto della sentenza *Coman* della Corte di giustizia sia nell'ambito dell'applicazione dei regolamenti dell'Unione europea nella cooperazione giudiziaria civile, sia nella nozione di ordine pubblico. Conclusivamente, sono proposte alcune considerazioni sulle funzioni dell'ordine pubblico in chiave moderna.

**Parole chiave:** ordine pubblico, diritto di famiglia europeo, libera circolazione, diritto alla vita familiare, nozione di matrimonio.

**Abstract:** The present paper tackles the development of the notion of public policy in the definition of the concept of marriage. It starts from brief remarks on the case law of the Court of Justice of the European Union in the field of the right to free movement of people and of the European Court of Human Rights on the right to private and family life. Then, it analyses the uncertainties stemming from the national divergences. Further, the impact of the *Coman* case on the applicability of EU measures on civil judicial cooperation and on the notion of public policy is examined. Conclusively, the paper submits some considerations on the modern function of the public policy.

**Keywords:** public policy, European family law, free movement, right to family life, notion of marriage

**Summary:** I. Introduction: the wave towards Europeanisation of public policy. II. The Europeanisation of the notion of public policy: the concept of marriage in the European Union. III. The Europeanisation of the notion of public policy: the marriage and the right to family life, according to the case law of the European Court of Human Rights. IV. The uncertainties derived from the national differences in family law. V. A push towards modernisation? The *Coman* case. VI. The impact of the *Coman* case... A. ... on the civil judicial cooperation B. .... and on the notion of public policy. VII. Some concluding remarks.

## I. Introduction: the wave towards Europeanisation of public policy

1. The Europeanisation of the notion of public policy can be considered as a straightforward example of the European Union (thereafter: EU) motto “United in Diversity”. Indeed, the concept of public policy itself is based on the differences of national values that coexist in the global community. At the same time, the voluntary or implied acceptance of common values unifies the general principles of the States and further their laws, in an implied development towards unification.

2. This tension between differentiation and harmonisation can lead to frictions between the State(s), faithful to its/their traditional values, and the centralised institution, pushing towards a more efficient coordination of the legislations. While fields with an economic core have barely given rise to conflicts with the public policy, especially in the relationships between EU Member States<sup>1</sup>, the opposite seems true in the field of family law. The national sensitiveness in this matter prevents a “top-down” harmonisation<sup>2</sup>, favoured and led by a centralised institution.

3. Nevertheless, the share of common values can unlikely be pursued by other means, different from the development of the supranational case law and the approximation of national legislation. Indeed, in the European perspective, both the EU and the Council of Europe lack competences in family law, according to their funding Treaties.

4. Indeed, art. 8 of the European Convention of Human Rights (hereafter: ECHR) grants the rights to private and family life without providing for definitions, nor distinguishing the two rights; neither art. 12 on the right to marriage defines it. The European Court of Human Rights (hereafter: ECtHR) can only include the case at stake in one of these rights and try to offer general definitions for the sake of legal certainty. However, this power is not always enough in order to push the modification of national law<sup>3</sup>, the sole exception being the ascertainment of a structural violation of the ECHR<sup>4</sup>.

5. The European Union (EU) has a clear competence in family law only for its cross-border aspects within the civil judicial cooperation. A strong hurdle in the harmonisation of this field rests on the

<sup>1</sup> Thus, these conflicts have been immediately detected due to the serious impairment of national values. The issue has been deeply discussed during the prospected recast of the Brussels I Regulation (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 12*, 16 January 2001, p. 1: P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, “Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the protection of Human Rights?”, *IPRax*, 2010, p. 110; P. OBERHAMMER, “The Abolition of Exequatur”, *IPRax*, 2010, p. 197; P. SCHLOSSER, “The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review?”, *IPRax*, 2010, p. 101; S. CORNELOUP, “The Public Policy Exception in Brussels I Practice”, *Int'l Lis*, 2011, p. 45; M. REQUEJO ISIDRO, “On the Abolition of Exequatur”, en B. HESS, M. BERGSTRÖM Y E. STORSKRUBB (eds.), *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, London, Hart, 2015, p. 283.

<sup>2</sup> M. ANTOKOLSKAIA, “Harmonisation of Substantive Family Law in Europe; Myths and Reality”, *Child & Family Law Quarterly*, 2010, p. 400.

<sup>3</sup> Furthermore, ECtHR’s judgments might lack a direct effect in the faulty State: J. GERARDS, J. FLEUREN (Coord.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law. A comparative analysis*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2014; A. OSTI, “L’implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto”, *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 851 ff. The lack of direct effect of the ECHR system is confirmed by the CJEU 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, case C-617/10, EU:C:2013:105.

<sup>4</sup> P. PIRRONE, *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, Giuffrè, 2004; A. DRZEMCZEWSKI, “Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze”, en S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (Coord.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001; W. SADURSKI, “Partnering with Strasbourg’, Constitutionalisation of the ECtHR, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, 2009, p. 448; P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEPHENSON, B. BLITZ, *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Antwerp, Intersentia, 2010; S. GREER, L. WILDHABER, “Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2013, p. 671; R. GRECO, “Le sentenze “pilota” della Corte europea dei diritti dell’uomo: efficacia *ultra partes*?”, *Processo penale e giustizia*, 2015, p. 105; D. KURBAN, “Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights’ Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations”, *Human Rights Law Review*, 2016, p. 731 ff.

wording of art. 81(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, since it requires unanimity within the Council. The recent practice has demonstrated the difficulties to reach this threshold, so that it has proven necessary to adopt regulations establishing enhanced cooperation, binding a limited number of Member States<sup>5</sup>.

6. Despite the lack of competence in family law and the firm limits of the competences conferred, the development of the free movement within the EU and the promotion of human rights by the ECtHR stimulate a convergence of legal notions, concepts and values among European States and especially EU Member States. On the other side, the latter's exclusive competence in family law (and an ECtHR's restrictive approach to article 12 of the ECHR<sup>6</sup>) is a constant trend towards nationalisation and particularism in this field.

## II. The Europeanisation of the notion of public policy: the concept of marriage in the European Union

7. The right to family reunification has been a rich field for the building convergence of the pillar notions of family law. The first enacted measure was Regulation No. 1612/1968 on freedom of movement for workers<sup>7</sup> (Title III). Pursuant to art. 10, the workers' family members enjoyed the right to install themselves with the cross-border worker, irrespective of their nationality<sup>8</sup>. Subsequent Directive 73/148<sup>9</sup> follows the same path on the rights to establishment and to the provision of services<sup>10</sup>.

8. Family members were listed according to a classic "male breadwinner" model<sup>11</sup>, in a quite perfect consonance with national family laws of the then 6 Member States. As a consequence, definitions of the family, the family ties or the marriage were not provided for. Families were mostly composed of married man and woman, with their common children. Other situations were not covered by the law, and, in some cases, were even considered such as socially unacceptable. There was barely the doubt that the sole social formation that could be entitled with rights was the family based on marriage between a man and a woman. (EEC) EU law resilience to the national common standards, as sources of inspiration, prevented any conflict with national laws. No issues related to public policy could arise.

9. Directive No. 2004/38<sup>12</sup> was enacted in a completely different social environment, but it is not possible to detect a development of the notion of marriage, nor of the normative method employed, the

<sup>5</sup> Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *OJL* 343, 29 December 2010, p. 10; Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJL* 183, 8 July 2016, p. 1; Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJL* 183, 8 July 2016, p. 30.

<sup>6</sup> See below, para. III.

<sup>7</sup> Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, *OJL* 257, 19 October 1968, p. 2.

<sup>8</sup> Some more conditions were requested concerning the housing of the family in the State of destination: CJEU 18 May 1989, case 249/86, *Commission v. Germany*, EU:C:1989:204.

<sup>9</sup> Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services, *OJL* 172/14, 28 June 1973, p. 14.

<sup>10</sup> C. MCGLYNN, "The Europeanisation of Family Law", *Child and Family Law Quarterly*, 2000, p. 36.

<sup>11</sup> J. MULDER, "Some more equal than others? Matrimonial benefits and the CJEU's case law on discrimination on the grounds of sexual orientation", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 509.

<sup>12</sup> Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, *OJL* 158, 30 April 2004, p. 77.

listing of the beneficiaries<sup>13</sup>. The only significant advancement was the inclusion of the partner within this list, although to a limited extent<sup>14</sup>.

**10.** The development of the Europeanisation of the main notions of family law has been pushed by the case law of the CJEU from the mid-90ies. The principle of non-discrimination played an important role in the definition of the family status. We only need to consider the well-known judgment *P. and S.*, dated back to 1996<sup>15</sup>, where the Court detected a discrimination grounded on sex due to a gender reassignment. The CJEU was prevented from considering stable relationships between same-sex partners as equivalent to marriage<sup>16</sup> due to the exclusive national competence in the field. Indeed, although a choice towards modernisation of national legislations was left to Member States<sup>17</sup>, discriminations (as compared to opposite-sex couples) were nonetheless declared not admissible<sup>18</sup>. National family law had to be set aside to the extent that it could potentially cause hindrances to the EU citizens' right to movement, provoking discriminations.

**11.** This case law had an immediate impact on the national notions of public policy, making them more flexible. The principle of non-discrimination becomes a main common value able to supersede, where needed, different national principles, such as the defense of the traditional family model. The national public policy must retract when faced up to a concrete risk of discrimination due to its application. Therefore, it prevents considering affective relationships different from the classic opposite-sex married couple as conflicting with national values. The door towards potential conflicts between international needs and national traditions is here open: the legitimate differences in the national legislations must be sound with the new (or renovated) common values, among which the principle of non-discrimination is put at the highest level.

**12.** Another tool has silently developed the notion of family within the EU. It is the enactment of regulations in the field of the civil judicial cooperation, concerning family law and related issues<sup>19</sup>. These measures worked in two directions. Firstly, the regulations do not define the marriage, it leaving a wide margin of appreciation in its interpretation. Despite this, scholars tend to agree on its gender neutrality<sup>20</sup>. Secondly, Regulation 2016/1104 is devoted to registered partnerships, that finally enter into the EU legislation and established lexicon. Surprisingly, this Regulation provides a definition of registered partnerships, which are “the regime governing the shared life of two people which is provided for in law, the registration of which is mandatory under that law and which fulfils the legal formalities required by

<sup>13</sup> E. GUILD, S. PEERS Y J. TOMKIN (eds.), *The EU Citizenship Directive: A Commentary* (2nd edition), Oxford, OUP, 2019.

<sup>14</sup> The CJEU recently made clear that this duty applies even when the EU citizen returns with the partner to the Member State of origin/citizenship (CJEU 12 July 2018, case C-89/17, *Banger*, EU:C:2018:570).

<sup>15</sup> CJEU 30 April 1996, case C-13/94, *P. and S.*, EU:C:1996:170.

<sup>16</sup> C. RICCI, “La «famiglia» nella giurisprudenza comunitaria”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 100 ff.

<sup>17</sup> CJEU 17 February 1998, case C-249/96, *Grant*, EU:C:1998:63.

<sup>18</sup> CJEU 17 April 1986, case C-59/85, *Reed*, EU:C:1986:157; CJEU 1 April 2008, case C-267/06, *Maruko*, EU:C:2008:179; CJEU 10 May 2011, case C-147/08, *Römer*, EU:C:2011:286; CJEU 6 December 2012, joined cases C-124/11, C-125/11 and C-143/11, *Dittrich and o.*, EU:C:2012:771.

<sup>19</sup> Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJL* 338, 23 December 2003, p. 1; Regulation no 1259/2010, Regulation 2016/1103; Regulation No 2016/1104.

<sup>20</sup> M. MELI, “Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia”, *Europa e diritto privato*, 2007, p. 473; K. BOELE-WOELKI, “Brüssel II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2011, p. 127; P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 20102, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, n. 2, p. 102; G. ROSSOLILLO, “Art. 1”, en P. FRANZINA (Coord.), *Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011, p. 1452; P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 octobre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 300; P. WAUTELET, *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe- Divided we stand?*, en K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (Coord.) *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, p. 145.

that law for its creation” (art. 3(1)(a)). It is the first definition ever from the EU on any family law institution, which can be even disputed, since the lack of competence could have prevented the EU therefrom.

13. Last but not least, art. 9 of the Charter of the Fundamental Rights of the EU modernises art. 8 of the ECHR<sup>21</sup>, avoiding references to the sex of the spouses. Nevertheless, there is not yet a consistent CJEU’s case law on this rule, so that it is not possible to state the impact of its gender-neutral formulation. The only anchorage is to be found in art. 52(3) of the Charter, that bases its minimum standard level in the ECHR, as interpreted by the ECtHR.

14. These developments do not impose any duty to Member States to provide for completely gender-neutral family institutions, but push on the rights of non-discrimination (grounded on nationality and/or sex and/or sexual orientation)<sup>22</sup>, and to free movement. Consequently, the Court cannot demand Member States to modify their national family law: it can only avoid discriminations in the national regulation on family law and in the grant of free movement rights.

### III. The Europeanisation of the notion of public policy: the marriage and the right to family life, according to the case law of the European Court of Human Rights

15. The ECHR envisages two provisions on family law, art. 12 on the right to marriage and art. 8 on the right to private and family life. The latter has the leading role in the development of the notion of public policy in family law<sup>23</sup>.

16. The ECtHR prefers a quite traditional interpretation of the right to marry under art. 12, since its application is reserved to couples formed by a man and a woman, not covering same-sex marriages. The ECtHR grounds its judgments on the general consensus among contracting States<sup>24</sup>, which can be identified only in favour of the heterosexual marriage. This statement has been repeated even quite recently, as for example in the case *Hämäläinen*<sup>25</sup>. Furthermore, Article 12 has only a “positive meaning”, in the sense that it grants the right to marry (creation of a civil status), but not to divorce (dissolution of status). This is stated in the judgment *Johnston*<sup>26</sup>: despite the very particular political circumstances of the case at stake<sup>27</sup>, the ECtHR has never contradicted nor overruled this outcome.

17. The ECtHR’s self-restrain in these cases has not hindered a further progression of the notion of family life, that has proved indispensable for the modernisation of the notion of public policy. Every development has rested on art. 8, where the lack of definitions has allowed its dynamic interpretation. To the extent that the right to private life covers the right to enter into a relationship with any person of one’s

<sup>21</sup> See below, para. III.

<sup>22</sup> Further: G. DE BAERE, K. GUTMAN, “The impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law”, en J. SCHERPE (Coord.), *European Family Law, vol. I. The Impact of institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, p. 12.

<sup>23</sup> Judge Sir Gerald Fitzmaurice expressed the view that art. 8 ECHR is a “whole code of family law” (Dissenting Opinion to ECtHR, 13 June 1979, *Marckx v. Belgium*, para. 15).

<sup>24</sup> L. HODSON, “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 2011, p. 176; L. WILDHABER, A. HJARTARSON, S. DONNELLY, “No Consensus on Consensus. The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 2013, p. 248.

<sup>25</sup> ECtHR, 16 July 2014, *Hämäläinen v. Finland*.

<sup>26</sup> ECtHR, 18 December 1986, *Johnston and Others v. Ireland*.

<sup>27</sup> The Irish People was expected to vote a constitutional referendum abolishing the prohibition on divorce. Statistics on the results are available at: [https://en.wikipedia.org/wiki/Tenth\\_Amendment\\_of\\_the\\_Constitution\\_Bill\\_1986\\_\(Ireland\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Tenth_Amendment_of_the_Constitution_Bill_1986_(Ireland)). For the sensitive balance between politics and civil rights at that time: S. CRETNEY, “Breaking the Shackles of Culture and Religion in the field of divorce?”, en K. BOELE-WOELKI (Coord.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp, Oxford, Intersentia, 2005, p. 3; M. ANTOKOLSKAIA, “Divorce law in a European Perspective”, en J. SCHERPE (Coord.), *European Family Law, vol. III. Family Law in a European Perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, p. 58.

choice, according to the consistent ECtHR's case law, affective unions are immediately included therein. In this framework, family life is not only the life organised within the standards codified in art. 12 ECHR.

18. The clearest example of the evolution of the notion of family law in Europe stems from the comparison of the *Rees* and the *Goodwin* cases<sup>28</sup>. The elapsing of time (16 years) made it possible to reach completely different outputs despite the wide similarity of the cases. Only after *Goodwin*, the ECtHR has included the marriage of the transsexual person within the protection of the right to a family life.

19. In *Schalk and Kopf*<sup>29</sup> the ECtHR recognised for the first time that same-sex relationships are covered by the right to family (and not private) life, again without offering any tentative definition of the family or of the family right. This development is due to the modification of the Contracting States' general consensus, gathered from the fact that a meaningful group of States had provided for a legal form of recognition for these couples. This output would not have been possible without previous national developments<sup>30</sup>.

20. This characterisation impacts on the duties of the States, whose margin of appreciation is limited, once they establish an internal regulation on same-sex partnerships. It allows the extension of the application of the principle of non-discrimination in favour of the partners and of the partnerships. Since those Member States, admitting same-sex marriage, cannot refuse to accept "foreign" same-sex marriages (e.g. celebrated abroad, or between foreigners), Member States, regulating registered partnerships, cannot avoid to recognise similar institutions created abroad. Furthermore, according to the *Vallianatos* judgment, if States provide for any status different from marriage, as registered partnership, this must be open to same-sex couples, too<sup>31</sup>.

21. The latest developments regard the needed formal recognition for partnerships at the national level<sup>32</sup>, with a margin of appreciation only in the enactment of an efficient legislation (which could be reserved to same-sex partners and not extended to heterosexual partnerships<sup>33</sup>). Still, Contracting States are not under a duty to recognise unknown institutions created abroad, as the same-sex marriage<sup>34</sup>.

22. This case law is of the utmost meaning for the harmonisation of the notion of public policy. Indeed, the principle of non-discrimination has strongly entered into family law, so that the gender and the sexual orientation shall not jeopardise the existence of family relationships and the full enjoyment thereof. Despite the continuing legitimate differences among Contracting Parties legislations, there is a common core of rights that shall be granted to every couple and to every person within the couple. This common core is part of the European public policy that "must be shared" by European States, and cannot be further changed by purely national traditions or values.

#### IV. The uncertainties derived from the national differences in family law

23. In this framework, it is possible to detect frictions between harmonisation and nationalisation, modernisation and traditionalism. The more conservative approach depends on the national exclusive competences of the Member States in family law, and by the cautious interpretation of Article 12

<sup>28</sup> ECtHR, 17 October 1986, *Rees v. UK*; ECtHR, 11 July 2002, *Goodwin v. UK*.

<sup>29</sup> ECtHR, 24 June 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*.

<sup>30</sup> P. MAHONEY, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 1 ff.; H. FULCHIRON, "Un modèle familial européen?", en H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (Coord.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, p. 171 ff.

<sup>31</sup> ECtHR, 11 July 2013, *Vallianatos v. Greece*.

<sup>32</sup> ECtHR, 1 July 2015, *Oliari and o. v. Italy*.

<sup>33</sup> ECtHR, 26 October 2017, *Ratzenböck and Seydl v. Austria*.

<sup>34</sup> ECtHR, 14 December 2017, *Orlandi v. Italy*.

of the ECHR. On the other side, progressive inputs stem from the extensive approach to Article 8 of the ECHR and the CJEU's case law on the EU free movement. These different trends avert the possibility to define coherently a shared concept of family law and of the marriage, even in an integrated system such as the EU, wider or different from the heterosexual marriage.

**24.** The definitions might depend on several variables. The first is the national legislation due to the exclusive jurisdiction to legislate. For example, if a State does not recognise a family institution, as same-sex marriages, hardly that legal system can accept that the equivalent institution – regulated by any foreign law - is part of family law<sup>35</sup>. The harmonisation of the concept of public policy can stem only from a top-down constrain, in this case. The second is the integration of the State in the European dimension, which can push towards the acceptance of different family models and, in any case, an openness to foreign values.

**25.** The classic theme against any approximation of family law stimulated by a centralised organisation, be it the EU or the Council of Europe, is the cultural constraint argument<sup>36</sup>. Family law is regarded as a legal issue strictly linked with the specific culture of a State. Therefore, approximation and convergence might even be felt as impossible by the State, because it would lose part of the national culture<sup>37</sup>.

**26.** In this framework, the notion of public policy gains a primary momentum. The lack of any closer harmonisation of family law, starting from the marriage, makes it necessary to keep strength on the fundamental rights, the right to family life pursuant to the ECHR and the right to free movement in the EU. The possible commonality and flexibilisation of the concept of public policy safeguard the national legislative choices but at the same time allows openness and a better understanding of the others' rules and values.

## V. A push towards modernisation? The *Coman* case

**27.** These final remarks could appear to be contradicted by the CJEU's judgment in the *Coman* case<sup>38</sup>, which stems from the persisting differences among Member States in family law. Indeed, it can seem as a forced top down harmonisation through case law. On the contrary, here the CJEU limited itself to interpret the notion of *spouse* for the sole purposes of the free movement of persons within the EU<sup>39</sup>. Accordingly, Member States must confer that minimum legal value to the foreign marriage, which is needed in order to grant the right to family reunification for the third-country national spouse. This is true even if the State has been traditionally considering same-sex marriages such as contrary to its public

<sup>35</sup> Italy represents a very positive exception to this consideration. The Supreme Court has accepted the characterisation pushed by the ECtHR, in the sense that a same-sex marriage is part of the family life of the spouses, notwithstanding the impossibility to recognise it in the Italian legal system (Corte di Cassazione, 15 March 2012, n. 4184).

<sup>36</sup> D. BRADLEY, "A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics", cit., p. 4; M. ANTOKOLSKAIA, "Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument", *Utrecht Law Review*, 2008, p. 25.

<sup>37</sup> M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: a Historical Perspective*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2006, p. 39.

<sup>38</sup> CJEU 5 June 2018, case C-673/16, *Coman*, EU:C:2018:385.

<sup>39</sup> For further analysis: A. FAVI, "Causa C-673/16 – Il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in uno Stato UE va riconosciuto in tutti gli altri Stati membri al fine di garantire la libera circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione (2/2018)", available at: <https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/fonti-unione-europea-e-internazionali/2171-osf-2-2018-ue-2>; S. PENASA, "Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a "cerchi concentrici" sul caso *Coman* c. Romania della Corte di giustizia", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 3, p. 1; G. ROSSOLILLO, "Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso *Coman*", available at: <http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-justizia-matrimonio-tra-persone-dello-stesso-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/>; A. TRYFONIDOU, "The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The *Coman* ruling", *European Law Review*, 2019, p. 663; U. BELAVUSAU, D. KOCHENOV, "Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage?", *Common Market Law Review*, 2020, p. 227.

policy, consequently not admitting them in its internal legislation, neither recognising those celebrated abroad according to a foreign law.

**28.** The decision as such seems quite limited because of the legal reasoning behind it and the expressed practical consequences. This is due to the fact that the preliminary question itself was quite limited<sup>40</sup>, too. Consequently, the judgment does not tackle some main issues in the perspective of both the private international law and the free movement<sup>41</sup>. Furthermore, the solution is far from innovative, due to other national similar previous experiences<sup>42</sup>.

**29.** In this judgment it is possible to detect only a rush towards modernisation pushed by the CJEU, but no revolutions. One main legal ground justifies the CJEU's development: the free movement of the EU citizen, that risks being refrained from the exercise of his/her rights to circulation, if his/her family ties have no legal value at his/her return to the State of citizenship. States are required to treat these sensitive issues with openness, so that the EU citizens' rights are not to be jeopardized. Only as the last consequence, the right to family life of the spouses is protected. This reasoning allows the couple at stake to enjoy the marriage living together, without fearing expulsions or even criminal sanctions against the non-EU spouse. Consequently, at least one same-sex married couple lives legally in Romania: the Coman – Hamilton couple.

## VI. The impact of the *Coman* case...

### 1. ... on the civil judicial cooperation

**30.** Although the current practical issues of the same-sex spouses seem partially resolved, the judgment leaves it open to some further questions. Some issues have a practical relevance because of the potential applicability of EU private international law regulations on family law. Thus, the Coman - Hamilton family situation challenges the applicability of EU regulations, potentially impairing the uniform application of EU law.

**31.** Let's keep considering the Coman - Hamilton couple. Are EU regulations on civil judicial cooperation in family matters applicable to their marriage? Provided that Romania does not take part to the enhanced cooperation established with the twin regulations of 2016, how will this relationship be dealt with, according to the national law? In the field of maintenance, must Romania consider this couple such as a «family relationship, parentage, marriage or affinity» according to art. 1(1) of the regulation no. 4/2009<sup>43</sup> for the determination of its material scope of application?

<sup>40</sup> M. GRASSI, "Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso *Coman*", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 65.

<sup>41</sup> These are, for example: the validity of the status acquired abroad, from the perspective of the Member State of origin, which remains free to regulate the marriage and the family ties, and the Member State of destination, responsible for setting the conditions for its recognition; the impact of the judgment on the whole range of personal and patrimonial effects of the marriage. For these issues, the solutions remain those stemming from the scarce ECtHR's case law within the field and those debated by the scholars.

<sup>42</sup> The Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, 3 October 2005 recognised a residence permit to a non-EU citizen married to a same-sex Belgian citizen where the marriage was celebrated in Belgium. The Tribunale di Reggio Emilia and the Tribunale di Pescara (Italy; Tribunale di Reggio Emilia, 1<sup>st</sup> Civil Section, decree 13 February 2012, available at: <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-reggio-emilia-prima-sezione-civile-decreto-del-13-febbraio-2012/>, accessed on 15 November 2020; Tribunale di Pescara, ord. 15 January 2013, available at: <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-pescara-ordinanza-del-15-gennaio-2013/>, accessed on 15 November 2020) reached the same conclusions with regard to respectively a Spanish and a Portuguese same - sex marriage. The solution is known outside the EU, too (Y. MERIN, "Anglo-American Choice of Law and the Recognition of Foreign Same-sex Marriages in Israel – on religious Norms and Secular Reforms", *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, p. 509).

<sup>43</sup> Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJ L 7*, 10 January 2009, p. 1.

**32.** The characterisation might completely change the output on the jurisdiction and on the applicable law. Let's suppose that the couple moves to Italy, where same-sex partnerships are regulated but same-sex marriages are not admitted. Shall Italy apply the regulation on the matrimonial property regimes, or the one on the patrimonial effects of registered partnerships, or, finally, neither, since this relationship is not a marriage according to national law, neither a partnership according to the law applied to the creation of the status?

**33.** These issues are not only related to the scope of application of the regulations, but to the human rights indirectly protected therewith. If the grant of a residence permit correctly preserves the right to family life, the application of the succession, the maintenance or the property regime (but which one?) regulations ensure the legal certainty on the assets for the present and for the future, thus protecting the right to private property. The applicability of the divorce regulations produces the same effect in relation to the right to private life, to be interpreted in this case as the right not to be involved in a relationship with a person.

**34.** In that perspective, one can wonder whether the judgment has potentially extensive effects, insisting on the fundamental rights, that risk being jeopardised if the couple is not treated as a married couple. There can be an escape within the judgment. It appears to be coherent, if, instead of the repeated words 'for the sole purpose of granting a derived right of residence', we put "for the sole purpose of granting a pension", or succession rights, or personal rights, etc. Therefore, for the sake of legal certainty and of the protection of the full set of the fundamental rights of the couple and of the individuals, it is possible to «recognise» the singles' needed effects, to the extent that the recognition of the status is not possible<sup>44</sup>.

## 2. ...on the notion of public policy

**35.** Without any need to go deeper in the notion of public policy as a national limit to be invoked even against the free movement, the judgment impacts strongly upon it. The concrete consequence is in the sense that Member States cannot preclude the issue of a residence permit for family reunification, based on same-sex marriage<sup>45</sup>, since this does not impair the national public policy<sup>46</sup>.

**36.** This does not mean that same-sex marriages are not intended to offend the national public policy. If this were the case, the judgment's reasoning would not have been limited to a discourse on the free movement. Here lies the difference between the recognition of the status as such and the allowance of the residence permit. The former is not required after this case. Therefore, the State can refuse its recognition because of public policy reasons. The latter is mandatory for the protection of other rights, such as the right to free movement within the EU and the right to family life.

**37.** Traditionally, from von Savigny's time<sup>47</sup>, one of the examples of possible opposition of a foreign law to public policy has been the unknown institution. On the opposite, in this judgment it appears a scission. The unknown foreign institution can be refused, but it must be able to produce some legal effects, notwithstanding its blatant contradiction with public policy. Some Member States courts have started to accept this principle, thus declaring that same-sex spouses enjoy the constitutionally protected

<sup>44</sup> Preliminary questions on personal status are starting being submitted to the Court: Opinion of the Advocate general Kokott, 15 April 2021, case C-490/20, *V.M.A.*, EU:C:2021:296; reference for preliminary ruling in case C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

On the same basis the Advocate general Kokott in the opinion in the *V.M.A.* case suggests that the refusal to issue a national birth certificate amounts to a violation of the rights to free movement of the Bulgarian mother, married with a UK citizen female, who gave birth to a child in Spain.

<sup>46</sup> M. BOSCH, C. MARIOTTINI, "The European model of "couple" within the dissolution of marriage", en E. BERNARD, M. CRESP, M. HO-DAC (eds.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 189.

<sup>47</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1886.

right to family life<sup>48</sup>, so that the residence permit shall be issued<sup>49</sup>. In most cases it is possible to detect a very open approach, that allows the recognition of the marriage exactly as a marriage, despite the lack of national regulation of same-sex marriages<sup>50</sup>.

**38.** The judgment mitigates the edges of the notion of public policy, because the national jurisdiction must be permeated by the effects of foreign undesired institutions. The State at stake is required to leave the foreign same-sex marriage interpenetrate through the Europeanised textile of public policy. The respect of the European freedom of movement and of the right to family life requires it.

## VII. Some concluding remarks

**39.** The CJEU's approach in this case appeared effective in order to balance the exclusive competence of Member States in family law and the right to free movement of the couple concerned. It does not infer the recognition of the status, neither an evaluation of its validity: it simply allows the spouses to benefit from some of the rights dependent on the marriage.

**40.** However, an open approach towards the individuals' and the couples' rights is already quite common within some EU Member States. The credits of this judgment are to be found in the impact on the functioning of the public policy. Indeed, it becomes less stringent even in those situations that are not directly affected by the EU harmonisation, that could appear marginal to the European integration and that are left to the exclusive national competence to legislate.

**41.** The values and principles included in the notion of public policy have changed in the last years. Now, its structure and function are developing, too. It does not anymore serve the sole need to grant the coherence of a national jurisdiction. Rather, the part of the public policy made up by EU and European fundamental rights integrates national constitutional rights<sup>51</sup>. Through this way, public policy is a means to claim an open approach towards situations and status created abroad, in consonance with those rights.

**42.** Therefore, the public policy is not anymore a severe policeman, sanctioning the infringement with the high penalty of closing the border to the reception of foreign values and laws. Rather it is a careful parent, that prevents big harms only. These values are graduated in a sort of – covered and unsaid – hierarchy, so that the protection of national values cannot hamper the enjoyment of the EU individuals' fundamental freedoms and the principle of non-discrimination. The primacy reigns over the values to be included within the public policy, so that the European rights must prime over national principles, even against the will of the State. In a “divergent unity”, such as that created with EU Law, all values are equal, but some values are more equal than others.

---

<sup>48</sup> Decision of the Supreme Court of Estonia, 3-3-1-19-17.

<sup>49</sup> Decision of the Supreme Court of Estonia, 21 June 2019.

<sup>50</sup> Administrative Court Sofia - City, 8 January 2018, dec. no. 180.

<sup>51</sup> F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 268.

# INEFICACIA DE LA RELACIÓN DE FILIACIÓN ENTRE EL PROGENITOR INTENCIONAL Y EL NIÑO NACIDO A TRAVÉS DEL RECURSO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN POR CONTRARIEDAD AL ORDEN PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

## INEFFECTIVENESS OF THE FILIATION RELATIONSHIP BETWEEN THE INTENTIONAL PARENT AND THE CHILD BORN BY SURROGACY DUE TO VIOLATION OF PUBLIC ORDER IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

ELISABETTA MAZZILLI  
*Profesor Ayudante Doctor*  
*Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 09.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6313>

**Resumen:** El reconocimiento en el ordenamiento italiano de la eficacia de la resolución judicial extranjera que haya establecido la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución y el progenitor intencional no biológico de nacionalidad italiana, encuentra un obstáculo en la prohibición de la maternidad subrogada prevista en el art. 12.6 de la ley 40/2004, que la Corte de Casación italiana, en Secciones Unidas, ha calificado como principio de orden público, prevaleciente sobre el interés del menor. La Corte Constitucional, considerando el papel que juega el principio del interés superior del menor, en aras de conservar el status *filiationis* legítimamente adquirido en el extranjero, ha moderado recientemente esta posición.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, maternidad subrogada, orden público, interés superior del menor, progenitor intencional.

**Abstract:** Recognition in the Italian legal system of the effectiveness of the foreign judicial decision that has established the relationship of filiation between a minor born abroad through surrogacy and the intentional non-biological parent of Italian nationality, finds an obstacle in the prohibition of maternity subrogation provided for in art. 12.6 of law 40/2004, that the Italian Court of Cassation on United Sections has qualified as a principle of public order, prevailing over the interest of the minor. The Constitutional Court, considering the role played by the principle of the best interests of the minor, in order to preserve the filiation status legitimately acquired abroad, has recently moderated this position.

**Keywords:** surrogacy, maternity surrogacy, public order, best interests of the minor, intentional parent.

**Sumario:** I. Consideraciones introductorias. II. El límite de la contrariedad al orden público y el concepto jurisprudencial de orden público internacional. III. La cuestión de la prohibición de la maternidad subrogada contenida en el art. 12.6 de la ley 40/2004 como norma de orden público. IV. El juicio de la Corte Constitucional sobre el interés del menor. 1. Génesis y objeto del juicio de le-

- gitimidad constitucional. 2. Los argumentos de la Corte de Casación en contra del “diritto vivente”.  
 3. La decisión de la Suprema Corte Constitucional y sus fundamentos. V. Consideraciones críticas.  
 1. Las cuestiones controvertidas. 2. La individuación del concepto de orden público internacional y el “diritto vivente”. 3. El interés superior del menor en el caso concreto. 4. El balance del interés superior del menor con los demás derechos fundamentales. 5. La cuestión del status filiationis del niño.  
 6. La existencia de una relación paternofamiliar de facto entre el progenitor intencional y el menor.  
 7. Los límites de la “adopción en casos particulares”. VI. Conclusiones.

## I. Consideraciones introductorias

1. El reconocimiento en el ordenamiento italiano de la relación de filiación entre el progenitor intencional no biológico y el niño nacido en el extranjero por gestación subrogada pasa a través de la consideración del concepto de orden público internacional y de su alcance, sobre todo en relación con su idoneidad para incidir en los derechos fundamentales del niño.

En particular, se ha discutido en la jurisprudencia acerca de la posibilidad de que la prohibición de la gestación subrogada constituya un principio de orden público internacional apto para justificar la denegación de la transcripción del acta de nacimiento del menor, legítimamente formada en el extranjero.

En este contexto, se ha otorgado una notable atención al papel que debe desenvolver el principio del interés superior del menor, en aras de otorgar al nacido por gestación subrogada el grado de tutela más adecuado para poder garantizarle la conservación de su *status filiationis* legítimamente adquirido en el extranjero, y evitarle así las posibles violaciones de su vida personal y familiar, y de su identidad social.

Además, se ha abordado el tema de las soluciones alternativas a la transcripción del acta de nacimiento en el Registro civil, como el sistema de “adopción para casos particulares”, regulado en el art. 44.1 d) de la Ley 184/1983, con sus pros y sus contras.

## II. El límite de la contrariedad al orden público y el concepto jurisprudencial de orden público internacional

2. Según el art. 64.1.g) de la Ley 218/1995<sup>1</sup> de “Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, la sentencia extranjera es reconocida automáticamente en Italia cuando sus disposiciones no producen efectos contrarios al orden público. El art. 65 del mismo texto legal establece que surtirán efecto en Italia las medidas extranjeras relativas a la capacidad de las personas y la existencia de relaciones familiares o de los derechos de la personalidad cuando hayan sido pronunciadas por las autoridades del Estado extranjero “siempre que no sean contrarias al orden público” y se hayan respetado los derechos esenciales de la defensa.

Asimismo, el art. 18 del Decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R.) 396/2000 “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127”<sup>2</sup>, establece que no podrán inscribirse en los registros del estado civil italiano los actos constituidos en el extranjero cuando éstos sean contrarios al orden público.

3. El concepto de orden público ha sido identificado por la Corte de Casación italiana con el «conjunto de los principios fundamentales que caracterizan el ordenamiento interno en un determinado

<sup>1</sup> “Legge 31 maggio 1995, n. 218: Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, núm. 128 de 3 junio 1995 (Suppl. Ordinario n. 68).

<sup>2</sup> D.P.R.396/2000, *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, núm. 303 de 30 diciembre 2000 (Suppl. Ordinario n. 223). Entrada en vigor del decreto: 30 marzo 2001.

periodo histórico, inspirados en exigencias de tutela de los derechos fundamentales del hombre comunes a distintos ordenamientos y colocados en un nivel superior al de la legislación ordinaria»<sup>3</sup>.

Según la Corte, los principios de orden público que se erigen como limitación a la aplicación de leyes extranjeras no coinciden con las normas imperativas del ordenamiento interno, puesto que estos principios no pueden ser extraídos exclusivamente del marco normativo interno, sino que deben derivarse de exigencias de garantía y de tutela de derechos fundamentales, o de valores fundantes de la entera estructura del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. De hecho, no puede individuarse un contraste con el orden público por el sólo hecho de que la norma extranjera sea discordante en su contenido con una o más disposiciones del derecho nacional, pues el parámetro de referencia no está constituido por las normas con las que el legislador ordinario ejercita su discrecionalidad en un determinado ámbito, sino exclusivamente por los principios fundamentales vinculantes para el mismo legislador ordinario.

En este contexto, los Tribunales, que tienen el deber de verificar previamente la compatibilidad de la norma extranjera con esos principios, deberán negar el conflicto con el orden público si se trata de una mera incompatibilidad temporánea de la norma extranjera con la legislación nacional vigente, cuando esta representa una de las posibles formas de expresión de la discrecionalidad del legislador ordinario en un determinado momento histórico<sup>5</sup>.

4. La misma Corte de Casación en Secciones Unidas<sup>6</sup> se ha inclinado más recientemente<sup>7</sup> hacia una noción de orden público que comprende no sólo los principios fundamentales constitucionalmente garantizados y los consagrados en las fuentes internacionales y supranacionales, sino también la manera en que los mismos han encontrado actuación en la ley ordinaria y en la interpretación proporcionada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. En particular, para la identificación del contenido del orden público, entendido como conjunto de valores fundantes del ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico, habrá que recurrir a la normativa ordinaria, entendida como instrumento de actuación de los valores consagrados en la Constitución, y a la obra de interpretación, síntesis y recomposición llevada a cabo por la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, a través de la cual se ha llegado a la extrapolación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

Este trabajo hermenéutico de los Tribunales se articula sobre la base no sólo de los solemnes enunciados de la Carta Constitucional y de los Convenios y Declaraciones internacionales, sino también de la ley ordinaria, y constituye el llamado “diritto vivente”<sup>8</sup>.

### III. La cuestión de la prohibición de la maternidad subrogada contenida en el art. 12.6 de la ley 40/2004 como norma de orden público

5. Respecto de la cuestión de la prohibición de la maternidad subrogada, la orientación de la jurisprudencia de legitimidad ha sido la de asignar a la ley 40/2004 (“Norme in materia di procreazione

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Secc. I, 30 septiembre 2016, núm. 19599.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Secc. III, 22 agosto 2013, núm. 19405; Cass., Secc. “lavoro”, 19 julio 2007, núm. 16017.

<sup>5</sup> Cfr. Cass., Secc. I, 30 septiembre 2016, núm. 19599.

<sup>6</sup> Las Secciones simples están flanqueadas por las Secciones Unidas, que constituyen un cuerpo colegiado con la tarea de resolver las controversias que han surgido en las Secciones simples cuando se trata de cuestiones particulares de máxima importancia. El número de miembros es de cinco magistrados para las secciones simples y nueve para las Secciones Unidas.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., Secc. Unidas, 8 mayo 2019, núm. 12193.

<sup>8</sup> Profundizan en el concepto de “diritto vivente”, entre otros, G. ALPA, “Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?”, en *Sociologia del diritto*, 2008, p. 47; A. ANZON, “Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1082; Id., “La Corte costituzionale e il diritto vivente”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, I, p. 300; F. CARNELUTTI, “Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)”, en *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, p. 41; M. COMBA, “La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione”, en *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, p. 396; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli, 2008; F. SANTORO PASSARELLI, “A proposito del diritto vivente”, en *Iustitia*, 1993, p. 54.

medicalmente asistida”), con particular referencia a su artículo 12.6 que contiene la prohibición en cuestión<sup>9</sup>, una función esencial de tutela de intereses constitucionalmente relevantes.

6. La sentencia de la Corte de Casación núm. 24001/2014<sup>10</sup> sostiene que el orden público internacional es el “límite que el ordenamiento nacional pone a la entrada de normas y medidas extranjeras, para la protección de su coherencia interna” y que este límite “no puede reducirse únicamente a los valores compartidos por la comunidad internacional, sino que incluye también unos principios y valores exclusivamente propios, siempre que sean fundamentales y por lo tanto irrenunciables”. Dicha sentencia ha considerado pacífica la aplicabilidad de la prohibición de la maternidad subrogada resultante del art. 12.6 de la Ley 40/2004, observando que dicha disposición es sin duda de orden público, debido a que para su violación se prevé una sanción penal, y por regla general las sanciones penales se establecen en defensa de bienes fundamentales.

7. Según la Corte, asumen relevancia en este contexto la dignidad humana de la mujer embarazada, que es constitucionalmente tutelada, y la adopción, con la cual la maternidad subrogada está en conflicto, puesto que el ordenamiento jurídico confía la realización de proyectos de paternidad sin vínculos biológicos con el nacido exclusivamente al instituto de la adopción, regido por normas especiales que protegen a todos los interesados, en primer lugar a los menores, y no por el mero acuerdo de las partes.

Y más importante aún, la Corte ha excluido que dicha prohibición esté en conflicto con el interés superior del menor, tutelado por el art. 3 del Convención de Nueva York sobre los derechos del niño<sup>11</sup>, considerando que el legislador, en el ámbito de su discrecionalidad, ha razonablemente elegido que el interés superior del menor se realice especialmente atribuyendo la maternidad a la parturienta y confiando a la institución de la adopción, realizada con las garantías propias del procedimiento judicial, más que el simple acuerdo de las partes, la realización de una paternidad separada del vínculo biológico.

8. La Corte de Casación, en Secciones Unidas, ha afirmado en la más reciente sentencia de 8 de mayo de 2019, núm. 12193<sup>12</sup>, que el reconocimiento de la eficacia de la resolución judicial extranjera con la que se ha establecido la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución y el progenitor intencional no biológico de nacionalidad italiana, encuentra un obstáculo en la prohibición de la gestación por sustitución prevista en el art. 12.6 de la ley 40/2004, precepto que se califica como principio de orden público, puesto que protege valores fundamentales, como la dignidad humana de la mujer embarazada y el instituto de la adopción.

9. Estos valores se consideran como prevalentes respecto del interés del menor, en el marco de un balance efectuado directamente por el legislador, que el juez no puede sustituir con su apreciación.

Se trata, por lo tanto, de una prohibición que expresa un principio superior de orden público que, como también había aclarado la Corte Constitucional en la sentencia 272/2017<sup>13</sup>, apunta a sancionar una práctica que “ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer”<sup>14</sup> y se refiere, por tanto, a valores superiores y fundamentales.

De ahí que no se pueda transcribir ni reconocer en Italia la resolución judicial extranjera que, admitiendo implícitamente la validez del acuerdo de gestación por sustitución, atribuye la paternidad (o la maternidad) incluso al progenitor intencional que no ha aportado contribución biológica alguna a la procreación.

---

<sup>9</sup> El citado artículo establece lo siguiente: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

<sup>10</sup> Cass., Secc. I, 11 noviembre 2014, núm. 24001.

<sup>11</sup> Convención de Nueva York sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que se ejecutó en Italia con la Ley núm. 176, de 27 de mayo de 1991.

<sup>12</sup> Cass., Secc. Unidas, 8 mayo 2019, núm. 12193, cit.

<sup>13</sup> Corte Cost., sent. 272/2017, *Gazzetta Ufficiale* de 20 diciembre 2017, núm. 51.

<sup>14</sup> Literalmente.: “pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”.

10. Esta conclusión, según las Secciones Unidas, no se plantea en contraste con el interés superior del menor: porque ese interés no tiene valor absoluto y puede disminuir con respecto a otros valores. Esta valoración equilibrada también forma parte del margen de apreciación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) reconoce a los Estados a la hora de decidir si autorizar o no la práctica de la gestación por sustitución y los efectos jurídicos relacionados con ella. Además, el interés del menor a permanecer en la pareja (incluso del mismo sexo) a la que pertenece el padre de intención todavía puede ser protegido mediante la “adopción para casos particulares” regulada en el art. 44.1 d) de la Ley 184/1983, según la orientación jurisprudencial inaugurada por la Corte de Casación ya en 2016<sup>15</sup>.

A la luz de esta reconstrucción, las Secciones Unidas han concluido que los efectos del reconocimiento de la medida judicial extranjera, cuya transcripción se solicita, entran en conflicto con el orden público, por aplicación del art. 64.1 g) de la ley 218/1995.

10. La jurisprudencia constitucional, por su parte, también considera que el art. 12.6 de la Ley 40/2004 es el resultado de un equilibrio de intereses aplicado por el propio legislador. De hecho, la Corte Constitucional italiana ha reconocido en la ley 40/2004 una normativa “constitucionalmente necesaria”, observando que representa la primera disciplina orgánica relativa a un sector delicado y que implica una pluralidad de intereses constitucionales importantes que, en su conjunto, exigen buscar un equilibrio entre ellos, que garantice un nivel mínimo de protección legislativa<sup>16</sup>.

#### IV. El juicio de la Corte Constitucional sobre el interés del menor

##### 1. Génesis y objeto del juicio de legitimidad constitucional

11. La Sección Primera Civil de la Corte de Casación, con ordenanza del 29 de abril de 2020<sup>17</sup>, propuso un juicio de legitimidad constitucional del art. 12.6 de la ley 40/2004 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”), del art. 64.1.g de la ley 218/1995 (“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”) y del art. 18 del d.P.R. 396/2000 (“Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127”), en la parte en que, según la interpretación actual del “diritto vivente”, no permiten el reconocimiento y la ejecución, por motivos de orden público, de la medida judicial extranjera relativa a la inclusión del progenitor de intención no biológico en el acta de estado civil de un menor procreado según las modalidades de la gestación por sustitución.

La Corte de Casación quiso poner en tela de juicio el “diritto vivente” resultante de la mencionada Sentencia en Secciones Unidas núm. 12193/2019, sobre todo en relación con la atribución a la prohibición de la técnica de la gestación por sustitución de la consideración de principio de orden público internacional, prevaleciente, a priori, sobre el interés del menor a mantener su *status filiationis*.

##### 2. Los argumentos de la Corte de Casación en contra del “diritto vivente”.

12. La Corte de Casación ha evidenciado como la actual configuración del “diritto vivente”, tras la intervención de las Secciones Unidas, en la parte en que no permite el reconocimiento de una resolución judicial extranjera que declare la relación de filiación de un menor nacido por gestación subrogada con su progenitor intencional no biológico, resulta en contraste con los derechos inviolables del menor, tutelados por la Constitución, los Convenios internacionales y la legislación europea.

<sup>15</sup> Cass., Secc. I. 22 junio 2016, núm. 12962.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 45/2005, *Gazzetta Ufficiale* de 2 febrero 2005, núm. 5; v. también sent. 162/2014, *Gazzetta Ufficiale* de 18 junio 2014, núm. 2613 y sent. 151/2009, *Gazzetta Ufficiale* de 13 mayo 2009, núm. 19.

<sup>17</sup> Cfr. Corte Cost., Ordenanza núm. 35 de 2020, *Gazzetta Ufficiale* de 4 marzo 2020, núm. 10.

13. La Corte se ampara en el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019<sup>18</sup>, en el que se ha establecido que el derecho al respeto de la vida privada<sup>19</sup> del niño nacido por gestación subrogada requiere que los Estados prevean la posibilidad de reconocer su relación de filiación con la madre intencional no biológica, indicada como madre legal en el acta de nacimiento legalmente emitida en el extranjero.

De hecho, según el TEDH, la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

14. En esta línea, el Tribunal reconoce también que el interés superior del niño no implica simplemente el respeto de su derecho a la vida privada, sino que incluye otros aspectos esenciales que no necesariamente pesan a favor del reconocimiento de una relación jurídica paternofamiliar con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación subrogada<sup>20</sup> y la posibilidad de conocer el origen de la persona<sup>21</sup>.

Sin embargo, es muy importante para el menor que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible, puesto que, mientras tanto, aquél se encontrará en una situación vulnerable en lo que se refiere a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada. Sobre este punto, el TEDH sostiene que la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre la madre comitente y el niño es perjudicial para éste, ya que lo coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad<sup>22</sup>.

15. No obstante, esto no implica necesariamente la transcripción del acta judicial extranjera en el Registro civil, pudiendo obtenerse el mismo resultado por otras vías, como la adopción por parte de la madre intencional<sup>23</sup>, con tal de que se garantice la efectividad y la rapidez de su realización<sup>24</sup>, de conformidad con el interés superior del menor, siempre y cuando dicha relación se haya convertido en una “realidad práctica”. De hecho, el Tribunal considera que “el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-familiar entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente en concreto y no en abstracto- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica”<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> “Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-familiar entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente Solicitado por el Tribunal de Casación francés”, Demanda núm. P16-2018-001, Estrasburgo 10 de abril de 2019 (ECHR 132, 2019).

<sup>19</sup> Cfr. art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>20</sup> Véase *Paradiso y Campanelli, v. Italia*, nº 25358/12, de 24 de enero de 2017, § 202.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, *Mikulic v. Croacia*, no. 53176/99, §§ 54-55, TEDH 2002-I.

<sup>22</sup> Vid. párr. 40 del Dictamen. En el mismo sentido, cfr. *Mennesson v. France*, nº 65192/11, TEDH 2014, § 96 y *Labassee c. Francia*, nº 65941/11, de 26 de junio de 2014, § 75).

<sup>23</sup> Lit.: “En una situación en la que, como en el escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-familiar con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional: 1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-familiar con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legítima”; 2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”.

<sup>24</sup> “Dado el margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, las alternativas al registro, en particular la adopción por parte de la madre comitente, pueden considerarse aceptables en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño” (párr. 55 del Dictamen)

<sup>25</sup> Cfr. párr. 52 del Dictamen.

16. Respecto de estas conclusiones del TEDH, la Corte de Casación identifica dos perfiles de conflicto con la situación actual del “diritto vivente” en Italia. En primer lugar, se evidencia que la atribución a la prohibición de la maternidad subrogada del estatuto de “principio de orden público internacional”, que prevalece a priori sobre el interés del menor por efecto de una elección hecha por el legislador italiano en vía general y abstracta respecto de la evaluación del caso concreto, constituye una medida que afecta negativamente a los nacidos por gestación subrogada, pues tiene el efecto de negar los derechos inviolables relacionados con la identidad personal del menor y su pertenencia a la familia de origen, reconocida en el acta de nacimiento legalmente formado en el país de nacimiento. En particular, según la Corte, la primacía del interés del menor impide que el legislador pueda comprimir dicho interés de forma general y abstracta, determinando así un debilitamiento por ley del derecho al reconocimiento del *status filiationis* legítimamente adquirido en el país extranjero de nacimiento.

17. En segundo lugar, se evidencia la carencia, en el ordenamiento interno, de instrumentos alternativos a la transcripción en el Registro civil que puedan proporcionar al menor una justa tutela, reconociéndole su *status filiationis* sin dar lugar a la prolongación de una situación de inseguridad jurídica en cuanto a la relación paterno-filial del menor. Sobre este punto, la Corte de Casación considera en particular que el instrumento de la “adopción en casos especiales” de conformidad con el art. 44, letra d) de la ley núm. 184/1983 es una institución que no es en absoluto apta para garantizar la eficacia y celeridad de la atribución de la filiación, siendo éstas las que el TEDH considera como condiciones esenciales para calificar a esa modalidad alternativa a la transcripción en el Registro, de respetuosa del derecho a la protección de la vida privada y familiar del menor.

### 3. La decisión de la Suprema Corte Constitucional y sus fundamentos

18. Ante esta cuestión de legitimidad constitucional, la Suprema Corte Constitucional italiana, en la Sentencia 33/2021<sup>26</sup>, ha considerado inadmisibles la censura del “diritto vivente” en la parte en que califica la prohibición sancionada penalmente de la gestación por sustitución como “principio de orden público” colocado para la protección de valores fundamentales, incluida, en particular, la dignidad humana de la mujer embarazada.

19. La decisión se funda en que la misma Corte Constitucional ya se ha expresado en términos similares señalando que la práctica de la maternidad subrogada ofende intolerablemente la dignidad de la mujer y socava profundamente las relaciones humanas<sup>27</sup>, y que los acuerdos de gestación por sustitución conllevan el riesgo de explotar la vulnerabilidad de las mujeres que se encuentran en situaciones sociales y económicas desfavorecidas. Estas consideraciones encuentran apoyo en la condena de “cualquier forma de maternidad subrogada con fines comerciales” expresada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 13 de diciembre de 2016 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2015<sup>28</sup>.

20. Por otro lado, en relación con el interés del menor, según la Corte Constitucional no puede considerarse que éste prevalezca automáticamente sobre cualquier otro interés contrapuesto. De hecho, a pesar de su importancia, que se desprende de la frecuente insistencia en la “preeminencia” de este interés y del especial “peso” que se le otorga, debe recordarse que todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución se encuentran en relación de integración mutua y, por lo tanto, no es posible atribuir a uno de ellos la primacía absoluta sobre los demás<sup>29</sup> con respecto a situaciones jurí-

<sup>26</sup> Cfr. Corte Cost., sent. núm. 33 de 2021, *Gazzetta Ufficiale* de 10 marzo 2021, núm. 10.

<sup>27</sup> Cfr. Corte Cost., sent. núm. 272 de 2017, cit.

<sup>28</sup> 2016/2009-INI, párr. 82.

<sup>29</sup> La Corte, en su sentencia n. 85 de 2013 (*Gazzetta Ufficiale* de 15 mayo 2013, núm. 20) habla de un “derecho tirano”. Literalmente: “se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette”.

dicas reconocidas y protegidas constitucionalmente, que constituyen, en su conjunto, expresión de la dignidad de la persona.

**21.** Los intereses del menor deberán entonces ser equilibrados, a la luz del criterio de proporcionalidad, con el objetivo legítimo perseguido por el ordenamiento de desincentivar el recurso a la gestación por sustitución, penalmente sancionado por el legislador. Trátase de un balance del que se han hecho cargo las Secciones Unidas de la Corte de Casación, negando la transcripción de la orden de un tribunal extranjero, en la parte en la que también atribuye la condición de progenitor al miembro de la pareja que participó en la gestación por sustitución sin aportar sus propios gametos.

**22.** La Corte Constitucional considera legítima la decisión de no autorizar la transcripción de la orden del tribunal extranjero, siempre y cuando esté asegurada la protección del interés del menor al reconocimiento legal de su relación con ambos miembros de la pareja comitente (presuponiendo que uno de ellos sea progenitor biológico), si éstos cuidaron del menor, ejercitando *de facto* la responsabilidad parental.

Cualquier solución que prive al menor de toda oportunidad de obtener un tal reconocimiento, incluso *ex post* y tras un control por parte del tribunal, acabaría, según la Corte, instrumentalizando a la persona del menor en aras de desincentivar el recurso a la práctica de la maternidad subrogada.

**23.** A pesar de declarar la cuestión de legitimidad constitucional inadmisibles, considerando que en el estado actual no puede intervenir, estando obligada a respetar la discrecionalidad legislativa, la Corte ha remarcado la necesidad de una intervención del legislador para adecuar el derecho vigente a las exigencias de tutela de los intereses de los niños nacidos por esta técnica, garantizando un proceso de adopción rápido y efectivo, que reconozca la plenitud del vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado, una vez comprobada su correspondencia con el interés superior del niño.

## V. Consideraciones críticas

### 1. Las cuestiones controvertidas

**24.** A la luz del estado actual de la jurisprudencia sobre este tema, me parece importante destacar algunas cuestiones controvertidas que podrían derivar del planteamiento descrito.

Se trata, *in primis*, del mismo concepto de orden público internacional, tal y como lo ha entendido la Corte de Casación en Secciones Unidas<sup>30</sup>, comprensivo de leyes ordinarias e interpretaciones jurisprudenciales que forman el llamado “*diritto vivente*” y de su aplicación al caso concreto.

En segundo lugar, es necesario evidenciar la complejidad del juicio discrecional del juez acerca de la individuación del interés superior del menor en el caso concreto, al fin de operar el necesario balance de ese interés con otros valores y derechos fundamentales que constituyen el orden público internacional y tomar las decisiones acerca de su *status filiationis*.

Un tercer punto está constituido por la dificultad del juicio acerca de la existencia de una relación paternofamiliar *de facto* entre el progenitor intencional y el menor, que pueda considerarse como concreta y consolidada, y cuyo reconocimiento y mantenimiento corresponda realmente al interés superior del menor, al fin de poder garantizar al niño la satisfacción de su interés a una continuidad y estabilidad afectiva, relacional y familiar.

Un cuarto y último punto está constituido por los límites del instituto de la “adopción en casos particulares”, que la Corte de Casación en Secciones Unidas ha sugerido como solución para legalizar la situación de la paternidad intencional no biológica.

<sup>30</sup> Cass., Secc. unidas, 8 mayo 2019, núm. 12193, *cit.*

## 2. La individuación del concepto de orden público internacional y el “diritto vivente”.

25. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, recordamos que la Corte de Casación ha venido a establecer un nuevo concepto de orden público internacional, que comprende – más allá de los principios fundamentales consagrados en la Carta Constitucional y en las fuentes internacionales y supranacionales- la ley ordinaria, como instrumento de actuación de los valores constitucionales y el “diritto vivente”, entendido como la obra de interpretación realizada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, a través de la cual se ha llegado a la extrapolación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

26. En primer lugar, el concepto mismo de “diritto vivente”, entendido como una de las fuentes primarias que contribuyen a construir el orden público internacional, conlleva a mi parecer unos cuantos problemas e incoherencias. De hecho, por la propia naturaleza de la obra interpretativa de los Tribunales, se trata de un derecho “vivo” y por eso continuamente “cambiante”, lo cual en sí no es necesariamente un factor negativo, pues es deseable que el derecho evolucione siguiendo el desarrollo de la sociedad y de sus valores. Sin embargo, hay que considerar que se necesita también una cierta estabilidad con referencia a los valores individuados como “fundacionales” del orden público internacional.

27. Además, considero que el hecho de confiar a la obra interpretativa de la jurisprudencia la tarea de identificar tales principios fundamentales del ordenamiento jurídico puede ser relativamente incoherente si consideramos la notoria falta de uniformidad de las decisiones jurisprudenciales, especialmente sobre un tema tan complejo como el que nos atañe. El mismo juicio de constitucionalidad anteriormente analizado, propuesto con ordenanza del 29 de abril de 2020, por la sección primera civil de la Corte de Casación en contra de la Sentencia de la misma Corte en Secciones Unidas núm. 12193/2019, es un claro ejemplo de esta falta de uniformidad que presenta no sólo la jurisprudencia de mérito, sino también la de legitimidad, que en el caso italiano es representada por la Corte de Casación, y que notoriamente reviste una función nomofiláctica. Esta postura nos lleva inevitablemente hacia un concepto de orden público cuyo contenido es relativo y variable.

## 3. El interés superior del menor en el caso concreto.

28. Respecto de la segunda cuestión, es decir, la individuación por parte del juez del interés superior del menor en cada caso concreto, se pueden evidenciar numerosos aspectos críticos.

En primer lugar, se trata de un concepto jurídico indeterminado, con lo cual la discrecionalidad del juez a la hora de su concreción es notablemente elevada. De hecho, este interés se califica como una cláusula general, a la que el juez debe referirse obligatoriamente en la búsqueda del resultado óptimo de justicia en el caso concreto, operación hermenéutica aún más delicada cuando se destacan los derechos fundamentales y las cuestiones existenciales de la persona<sup>31</sup>.

29. En segundo lugar, y no menos importante, el interés superior del menor no es un título de determinación de la filiación, y tampoco puede erigirse en un criterio de transgresión normativa<sup>32</sup>. De hecho, no se protegería el interés superior del menor estableciendo una filiación que contradijera los criterios previstos en la ley para su determinación; en particular supondría un perjuicio para el menor

---

<sup>31</sup> A. SASSI, “Azioni ablativie di stato e interesse del figlio alla continuità affettiva”, artículo en curso de publicación en *Diritto e Processo*, año 2020. Cfr. también A. PALAZZO, “La filiazione”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, pp. 251 y ss. y 532 y ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, “La filiazione e i minori”, en R. SACCO (Dir.), *Trattato di Diritto Civile*. Sacco, 2ª ed., Torino, 2018, pp. 3 y ss., 221 y ss., 351 y ss., 515 y ss.; M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, pp. 99 y ss.

<sup>32</sup> J. NANCLARES VALLE, “El interés superior del menor en la gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31, enero 2020, pp. 11 y ss.

si se admitiera la determinación de la filiación con base en lo dispuesto en un contrato de maternidad subrogada, siendo aquello contrario a su dignidad, al convertirlo en objeto de tráfico mercantil<sup>33</sup>.

Por lo tanto, “no procede acudir al concreto interés superior del menor para lograr la atribución de la paternidad o maternidad obviando los medios legales de determinación previstos”, ni para atribuir eficacia a unas resoluciones extranjeras contrarias a las normas sustantivas y a los principios y valores elementales que informan el ordenamiento jurídico interno<sup>34</sup>.

#### 4. El balance del interés superior del menor con los demás derechos fundamentales

**30.** La protección del interés superior de menor, puesto que no se trata de un concepto absoluto ni ilimitado, sólo puede llegar hasta donde lo permite la ley, debiendo “ceder ante intereses jurídicamente más relevantes”<sup>35</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional considera que el interés superior del menor no tiene prevalencia absoluta sobre los demás derechos fundamentales tutelados por la Constitución, pues de lo contrario se produciría la expansión ilimitada de uno solo de los derechos, que se convertiría en “tirano” frente a otras situaciones jurídicas reconocidas y constitucionalmente protegidas, que constituyen, en su conjunto, expresión de la dignidad de la persona<sup>36</sup>.

Por lo tanto, el interés superior del menor se encuentra en una relación de integración recíproca con los demás valores y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico, que en su conjunto constituyen el orden público internacional<sup>37</sup>.

**32.** En este contexto, se ha criticado especialmente la posición asumida por la Corte de Casación en Secciones Unidas cuando otorga a la prohibición de la gestación subrogada, contenida en la ley nacional, superioridad respecto del interés superior del menor<sup>38</sup>: se ha considerado que “el interés del menor se ha degradado con respecto a los intereses de la comunidad” puesto que “el derecho a que se reconozca la condición de filiación legítimamente constituida en el extranjero se sitúa en un orden inferior con respecto al interés general de los ciudadanos a que se observe la prohibición de la gestación subrogada”<sup>39</sup>.

**33.** Sin embargo, considero que no se trata realmente de un balance entre el interés superior del menor y la prohibición en sí de la gestación subrogada, sino que más bien, siguiendo la letra de la Sentencia citada, se trata de considerar los valores fundamentales -como la dignidad de la mujer y la

<sup>33</sup> En este sentido, cfr. también la STS español de 6 de febrero de 2014 (*RJ 2014\833*)

<sup>34</sup> J. NANCLARES VALLE, *ob. y loc. cit.*

<sup>35</sup> A.J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, 8162 (2013), *La Ley* 5167/2013, p. 6.

<sup>36</sup> Cfr. Corte Cost., sent. núm. 33 de 2021, *Gazzetta Ufficiale* de 10 marzo 2021, núm. 10 y Sentencia núm. 85 de 2013, *Gazzetta Ufficiale* de 15 mayo 2013, núm. 20.

<sup>37</sup> Sobre el punto, cfr. las interesantes reflexiones de J. NANCLARES VALLE, *ob. y loc. cit.*: “En materia de gestación por sustitución se ha querido contraponer el orden público al interés superior del menor (...). En realidad, el interés superior del menor forma parte del orden público, en cuanto que principio esencial del Derecho de familia, y su defensa pasa por el respeto de la dignidad del hijo y de sus derechos fundamentales, lo cual exige no ser objeto de contrato, que no sea posible la libre disposición sobre su estado civil y que se apliquen las normas sobre determinación de la filiación (tanto del Código civil como de la Ley 14/2006) y sobre constitución de la adopción, normas que persiguen precisamente la satisfacción de ese interés superior y que establecen los cauces legales para conseguirla”.

<sup>38</sup> Cfr. Cass., Secc. Unidas, 8 mayo 2019, núm. 12193, cit.: “Il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di cui all’art. 12, 6° comma, l. n. 40 / 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l’adozione in casi particolari, prevista dall’art. 44, 1° comma, lett. d), l. n. 184 / 1983”.

<sup>39</sup> A. VALONGO, “Gestazione per altri...”, cit., pág. 550.

protección de la infancia a través del instituto de la adopción - que esa misma prohibición está dirigida a tutelar y que realmente constituyen un contrapeso para el reconocimiento automático de una relación de filiación no biológica originada por gestación subrogada y formalizada en el extranjero<sup>40</sup>.

Además, la Corte de Casación no excluye la posibilidad de recurrir a otras soluciones jurídicas para obtener la formalización de la relación paternofilia con el progenitor intencional, soluciones que, por otro lado, la Corte Constitucional razonablemente sugiere ampliar y mejorar.

## 5. La cuestión del *status filiationis* del niño

**34.** Reconocida la complejidad del juicio discrecional del juez a la hora de concretar el interés superior del menor en cada caso, y la necesidad de un balance de ese interés con otros derechos fundamentales que constituyen el orden público internacional, vamos a centrarnos en la decisión acerca del *status filiationis* del niño.

**35.** En este contexto, es oportuno distinguir entre la aplicación de los principios de orden público internacional, por un lado, a la práctica en sí de la gestación subrogada y, por otro lado, a las situaciones jurídicas subjetivas del niño, en particular respecto de su derecho a adquirir un *status filiationis* que respete en la medida de lo posible su interés superior a tener una estabilidad afectiva, relacional y familiar y a que se reconozca su propia identidad<sup>41</sup>. De ahí que, en relación con la práctica de la gestación subrogada, la prohibición debe considerarse plenamente operativa, con la consiguiente ineficacia, por contraria al orden público, de cualquier disposición extranjera que reconozca los derechos vinculados a ella como, por ejemplo, la solicitud de la remuneración pactada o el cumplimiento de las obligaciones previstas por el contrato de gestación por sustitución.

**36.** Viceversa, el reconocimiento de las situaciones jurídicas subjetivas vinculadas a la condición de hijo, ya que es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución italiana (artículos 30 y 31) y por el Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24), debe ser visto exclusivamente desde la perspectiva del niño, sin importar el origen de su filiación<sup>42</sup>.

Los derechos de los nacidos que pertenecen al orden público constitucional no pueden estar condicionados por la circunstancia de que la gestación haya tenido lugar de manera contraria al orden público discrecional<sup>43</sup>. En otras palabras, el *discrimen* está en el interés del niño y en sus derechos inalienables como persona humana<sup>44</sup>: “si consideráramos lo contrario, confundiendo los dos perfiles, llegaríamos a la absurda consecuencia de discriminar al nacido en la atribución de la condición de niño

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión, M. BIANCA, “La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore”, en *Familia: rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2019, 3, pp. 370 y 382-385 expresa su desacuerdo con la consideración de que el orden público internacional pueda ponerse “en competición” con el *best interest* del menor, puesto que el mismo interés superior del menor, a pesar de su indeterminación, constituye un principio de orden público.

<sup>41</sup> Cfr. A. SASSI, S. STEFANELLI, “Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a” en *Articolo29: La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, pp. 8-9.; V. BARBA, “Note minime sull’ordine pubblico internazionale”, en *Articolo29: La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, p. 10; A. VALONGO, “Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale. La c.d. ‘filiazione omogenitoriale’”, en *Giurisprudenza italiana*, 2020, 172 (3), pp. 543-558.

<sup>42</sup> Cfr. A. SASSI, S. STEFANELLI, “Nascita da gestazione per altri e diritto allo status (nota a Cass., Sez. un. civili, 8 maggio 2019, n. 12193)”, en *Diritto e Processo*, 2019, pp. 507 y 508.

<sup>43</sup> Para la distinción entre orden público constitucional y orden público discrecional, cfr. S.A. SASSI, S. STEFANELLI, “Nascita da gestazione per altri...”, cit., p. 507. Sobre el punto, se expresa también, entre otros: G. FERRANDO, “I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 35 (4), p. 820: “Una cosa è tuttavia la sanzione per la condotta dei genitori, altra cosa lo status del figlio (...). Non ritengo decisivo il fatto che la nascita sia avvenuta grazie a tecniche vietate dall’ordinamento interno. E neppure il fatto che alla GPA, si attribuisca un “elevato grado di disvalore”. Si deve infatti tenere presente che, in materia di status, il legislatore ha definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria: se tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell’ordinamento, allora non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori”.

<sup>44</sup> V. BARBA, “Note minime ...” cit., p. 10.

según las circunstancias del nacimiento y la forma de gestación”<sup>45</sup>. Así que el hecho de que el nacimiento se deba a una conducta reprobada por la ley con el uso de sanciones penales no debería impedir que se constituya legalmente el *status filiationis* del niño<sup>46</sup>.

**37.** En otras palabras, no se les puede privar a los niños nacidos por sustitución de maternidad de la posibilidad de que se les reconozca un *status filiationis* (lo que es indudable, como se afirmó en el caso *Menesson c. Francia*), por ilegalmente que hayan obrado los comitentes y siempre que uno de ellos sea el progenitor biológico; sin embargo, desplazándose el centro de gravedad de la discusión al tema de cómo y con qué criterios se establece esa filiación, sí es admisible no convalidar sin más las resoluciones extranjeras, y aplicar el orden público para actuar de “filtro”, de modo que se reconozca como progenitor quien biológicamente lo sea y que el mero progenitor de intención se tenga que reconducir a los cauces previstos por el derecho italiano. Cauce sin duda establecidos en aras del interés del menor.

## 6. La existencia de una relación paternofilial *de facto* consolidada entre el progenitor intencional y el menor

**38.** Cabe también señalar la complejidad del juicio acerca de la existencia de una relación paternofilial *de facto* entre el progenitor intencional y el menor, que debe poderse calificar como concreta y consolidada. En este juicio normalmente interviene el factor temporal, pues la cuestión principal radica en la identificación del marco de tiempo adecuado para estabilizar el vínculo afectivo entre el menor y el padre de intención<sup>47</sup>.

**39.** El legislador ha considerado adecuado el término de un año para proteger la afectividad mutua consolidada, aunque con efectos limitados a las acciones privativas del estado de filiación. En efecto, el plazo para impugnar la filiación es de un año desde que el progenitor que no fue el autor de la procreación descubre su impotencia o el adulterio de la esposa: transcurrido ese plazo, en aras del interés del hijo, la acción paterna caduca.

El término anual, además, suele aparecer en el derecho de familia a los efectos de la consolidación de los efectos (véanse, en el matrimonio, los últimos párrafos de los artículos 119, 120, 122 y 123 del Código Civil italiano); además, la protección de la afectividad consolidada está en el centro de la reciente intervención del legislador en materia de adopción<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> A. SASSI, S. STEFANELLI, “Ordine pubblico differenziato...” cit., pp. 7 y ss.

<sup>46</sup> G. FERRANDO, “I bambini prima di tutto...” cit., p. 820.

<sup>47</sup> Sobre la relación paterno-filial *de facto*, vid. Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, en *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 956; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menesson et al. c. Francia*, en *Foro italiano*, 2014, IV, c. 561; C. CAMPIGLIO, “Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 1123. Sobre la consolidación de la afectividad, cfr. Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, en *Foro italiano*, 2015, IV, c. 117; A. SCHUSTER, “Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l’interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto” en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 828; L. LENTI, “Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera”, *ivi*, 2017, p. 501; A. VIVIANI, “Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto?»”, *Genius*, 1/2017, pp. 78 y ss.; E. FALLETTI, “Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo”, *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 729 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. artículo 4, apartados 5 bis y 5 ter, Ley 4 mayo 1983, n. 184, “sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare”, introducidos por la Ley n. 173/2015 de 19 octubre (“Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare”, *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale n. 252 del 29 ottobre 2015): “5 -bis. Qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo II del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall’articolo 6, la famiglia affi dataria chieda di poterlo adottare, il tribunale per i minorenni, nel decidere sull’adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria”; “5 -ter. Qualora, a seguito di un periodo di affidamento, il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento ad altra famiglia o sia adottato da altra famiglia, è comunque tutelata, se rispondente all’interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l’affidamento”.

**40.** No obstante, en el caso de la gestación subrogada, considero que el plazo debería ser más amplio, para evitar que los retrasos burocráticos favorezcan la legalización indirecta de una situación antijurídica.

Además, la parte más difícil del juicio está constituida por determinar que el interés superior del menor se corresponde con el mantenimiento de esa relación, pues le garantiza continuidad y estabilidad afectiva.

**41.** La cuestión principal es con qué criterio valorará el juez que el progenitor intencional, individualmente o conjuntamente con su pareja (que podrá ser otro progenitor intencional, o – en su caso – progenitor biológico), constituye el sujeto más idóneo para cuidar del niño, puesto que el mero criterio temporal en este caso no podrá operar para justificar una situación ya creada y para legitimarla *ex post* en base a la consideración de que la situación “pseudo-familiar” se ha estabilizado y se ha consolidado en el tiempo. De lo contrario estaríamos ante una forma de “usucapión del estado civil de filiación”, que sabemos que en sí es indisponible.

Tampoco podrá valer como criterio la simple voluntad de tener un hijo, manifestada a través del recurso a la práctica prohibida de la gestación subrogada.

No es de excluir, además, que el progenitor intencional pueda estar afectado por patologías incompatibles con el *status quo*, cuales la psicopatía u otros trastornos mentales que conlleven comportamientos violentos, o pueda haber sido con anterioridad condenado por pedofilia, o privado de la patria potestad sobre sus hijos biológicos por desatenderles completamente.

**42.** La Corte de Casación italiana reconoce la centralidad del interés del niño en mantener el *status* adquirido, incluso si se basa en la afectividad<sup>49</sup>, en el marco de la tutela de la salud psicofísica y de la identidad personal del menor, delineando una dicotomía entre filiación-título y filiación-relación<sup>50</sup>. En otras palabras, este nuevo sistema, basado en los principios de afectividad e identidad familiar consolidada, supera el principio de veracidad del *status* como expresión de un interés público absoluto.

**43.** Con esta nueva concepción, se elimina la centralidad del *favor veritatis* como criterio irreversible para la atribución de la paternidad y se da entrada a más criterios para identificar la paternidad, que tienen como referencia principal el interés del menor. Por lo tanto, el interés del menor puede concretarse mediante la constatación de la verdad biológica con efectos adquisitivos o privativos del *status*, o, a la inversa, mediante la protección de la afectividad consolidada o del *status* existente<sup>51</sup>.

De ello se desprende que la estabilidad emocional del niño justifica el mantenimiento de un *status* falso cuando se considere que éste coincide con las necesidades existenciales del mismo<sup>52</sup>.

**44.** El legislador italiano ha previsto explícitamente la relevancia del derecho del menor a la continuidad afectiva, derecho que se implementa mediante la protección de las relaciones consolidadas<sup>53</sup>. Así la Corte de Casación, en la “adopción en casos particulares” del hijo de la pareja homosexual

<sup>49</sup> Cfr., entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional núm. 272 de 18 diciembre 2017, cit., comentada por A. SASSI, “Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato”, en *Diritto e processo*, 2017, pp. 263-301.

<sup>50</sup> Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, “La filiazione e i minori”, cit., pp. 6 y ss.

<sup>51</sup> A. SASSI, “Azioni ablativo di stato e interesse del figlio alla continuità affettiva”, ob. y loc. cit. Cfr. Cass. de 15 junio 2017, n. 14878, que permitió, amparándose en el interés del niño, la transcripción del certificado de nacimiento formado en el extranjero también para la mujer que ni dio a luz ni proveyó los gametos. Comentan esta sentencia S. STEFANELLI, “Riconoscimento dell’atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito”, *articolo29.it* y M. FINOCCHIARO, “Quel «vizio» ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore”, *Guida al diritto*, 28/2017, p. 54.

<sup>52</sup> Cfr. Cass. de 24 febrero 2020, n. 4791: en este caso, la Corte considera que es prevalente el interés del niño a no perder el vínculo identitario con el progenitor que decide impugnar la filiación respecto del *favor veritatis*, pues se trata de un derecho constitucionalmente garantizado, que prevalece ante la búsqueda de la verdad genética, cuando el hijo, escuchado y con capacidad de discernimiento, se opone a un cambio existencial tan radical en su vida. Cfr. M. LABRIOLA, “Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: il bilanciamento tra favor veritatis e interesse del figlio”, *Osservatorio dir. fam.*, 2/2020, p. 76.

<sup>53</sup> Cfr. artículo 4, apartados 5 bis y 5 ter, Ley 4 mayo 1983, n. 184, “sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare”, introducidos por la Ley n. 173/2015 de 19 octubre, cit. Sobre la relevancia de la afectividad en

(“*stepchild adoption*”), reconoce el interés preeminente del menor a la constitución del estado de filiación con respecto a un sujeto hacia el cual se han establecido lazos afectivos fuertes y duraderos<sup>54</sup>.

Sin embargo, en el caso del recurso a la gestación subrogada, cuando no existe vínculo biológico entre el menor y la persona que ha asumido la responsabilidad, la Corte se ha mostrado más estricta, desconociendo en ocasiones la existencia de una afectividad consolidada y, por tanto, la vulneración del art. 8 de la Convención.

**45.** En efecto, una cosa es establecer un lazo de filiación vía adopción cuando la situación de origen es legal y otra muy distinta es hacer lo mismo cuando la situación es de partida ilegal.

Además, hay que destacar que el interés a la continuidad de las relaciones afectivas debe siempre ser examinado por el juez en el caso concreto, y seguramente debe excluirse cada vez que la relación del menor con el progenitor intencional conlleve la violación de valores constitucionalmente protegidos, *in primis* el de la dignidad y del respeto de la persona<sup>55</sup>.

De hecho, el argumento del gobierno italiano en el caso Paradiso Campanelli demuestra que no todo vale para originar una situación *de facto* que luego se convierta, vía afectividad consolidada, en *de iure*<sup>56</sup>.

## 7. Los límites de la “adopción en casos particulares”

**46.** Un último punto está constituido por los límites del instituto de la “adopción en casos particulares”. Respecto de esto, hay que destacar que la llamada “*adozione in casi particolari*” no constituye, según el criterio predominante, un vínculo de parentesco con la familia del adoptante, puesto que el art. 55 de la Ley 184/1983 establece que se aplicarán a la adopción en casos particulares las normas contenidas en los arts. 293, 294, 295, 299, 300 y 304 del Código civil, que disciplinan la adopción de adultos. En particular, el art. 300 del Código civil italiano prevé que el adoptado conserva todos los derechos y deberes hacia su familia de origen y no adquiere lazos de parentesco con la familia del adoptante.

**47.** También la Corte Constitucional<sup>57</sup> se ha expresado en este sentido, al señalar que la adopción en casos particulares constituye entre el niño y el progenitor “un vínculo jurídico (...) diferente al que se deriva del reconocimiento”. Esto está confirmado por la disciplina del apellido del adoptado: de conformidad con el art. 299 del Código Civil italiano, mencionado en el art. 55 l. 184/1983, el menor conserva el apellido familiar que lleva, y antepone el del progenitor adoptante, mientras que en la adopción “plena” pierde, junto con los vínculos familiares, también el apellido original, para asumir el de los adoptantes.

**48.** Todo esto podría constituir un elemento desfavorable para el menor en su derecho al mantenimiento del *status* familiar legalmente constituido en el país extranjero. Además, este tipo de adopción condiciona el inicio del procedimiento a la solicitud del progenitor intencional, y supedita el pronunciamiento del título constitutivo del *status filiationis* al consentimiento del otro progenitor, en el ejercicio de su responsabilidad parental<sup>58</sup>, lo cual complica aún más su realización, sobre todo en caso de separación o desacuerdo de la pareja.

---

la dinámica familiar independientemente del título constitutivo cfr. Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379 y en doctrina A. VESTO, “La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari”, *Diritto e Processo*, 2014, pp. 13 ss.

<sup>54</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Foro italiano*, 2016, I, c. 2342. Cfr. A. SPADAFORA, “Adozione, tutela dell’omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa”, en *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 2573; I. RIVERA, “La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1135; P. MOROZZO DELLA ROCCA, “Le adozioni in casi particolari ed il caso della *stepchild adoption*”, en *Corriere giuridico*, 2016, p. 1203; S. VERONESI, “La Corte di cassazione si pronuncia sulla *stepchild adoption*”, *Famiglia e diritto*, 2016, p. 1025.

<sup>55</sup> Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, “La filiazione e i minori”, cit. p. 537.

<sup>56</sup> V. Paradiso y Campanelli, v. Italia, cit.

<sup>57</sup> Corte Cost., sent. 272/2017, cit.

<sup>58</sup> Cfr. Art. 46 l. n. 184/1983.

Además, las disposiciones mencionadas plantean un problema de coordinación con las previstas tras la Ley 219/2012<sup>59</sup> sobre el *status* único del niño y, en particular, con la nueva formulación del art. 74 del Código Civil italiano que, al crear un estado único de filiación, ha dado lugar a un vivo debate sobre la relación con la adopción en casos especiales<sup>60</sup>.

## VI. Conclusiones

**49.** A la luz del estado actual de la jurisprudencia sobre este tema, los puntos fundamentales a destacar son los siguientes.

En primer lugar, siguiendo las indicaciones del TEDH, Italia no puede ser obligada a reconocer automáticamente la relación paternofilial del progenitor intencional del menor nacido por maternidad subrogada, sino que será el juez quien deberá considerar caso por caso e individualizar en concreto la existencia de una relación paterno-filial que se haya convertido en una realidad práctica.

**50.** En segundo lugar, la decisión de la Corte Constitucional, en la reciente Sentencia 33/2021, al cerrar el juicio de legitimidad constitucional propuesto por la Sección Primera Civil de la Corte de Casación, considera legítima la decisión de no autorizar la transcripción de la orden del tribunal extranjero en la parte en que atribuye al progenitor intencional no biológico la condición de progenitor legal del niño nacido por maternidad subrogada, y entiende como incensurable la calificación de “principio de orden público” atribuida a la prohibición de la gestación por sustitución.

**51.** Sin embargo, la Corte remarca, al mismo tiempo, la exigencia de asegurar al menor el reconocimiento legal de su relación con los progenitores de intención, tras un juicio que verifique en concreto la existencia de una relación paternofilial consolidada que coincida con los intereses del niño.

A tal efecto, la Corte Constitucional invita al legislador a una adecuación del derecho vigente a las exigencias de tutela de los intereses de los niños nacidos por maternidad subrogada, en el contexto del difícil equilibrio entre el objetivo legítimo de desincentivar el recurso a esta práctica y la necesidad imperiosa de garantizar el respeto de los derechos de los menores.

Dicha exigencia deberá garantizarse mediante la previsión de un procedimiento de adopción eficaz y rápido, que reconozca la plenitud del vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado, cuando haya sido comprobada su correspondencia con los intereses del niño.

**52.** Finalmente, las principales cuestiones problemáticas que surgen del marco jurídico descrito son principalmente tres: la aplicación al caso concreto de los principios de orden público internacional y su compatibilidad con la tutela del interés superior del menor; el juicio acerca de la existencia entre el progenitor intencional y el menor de una relación paterno-filial *de facto* consolidada y merecedora de reconocimiento legal por corresponder realmente al interés superior del menor; y, finalmente, la cuestión de los límites de las soluciones jurídicas actuales, en particular del instituto de la “adopción en casos particulares”

---

<sup>59</sup> Se trata de la Ley 10 diciembre 2012, n. 219, *Gazzetta Ufficiale* n. 293 del 17 diciembre 2012, que elimina del ordenamiento jurídico las distinciones residuales entre hijos legítimos e hijos naturales, afirmando el principio de la unicidad de la condición jurídica de los hijos. Recordamos que ya la ley n. 184 de 1983, *Gazzetta Ufficiale* n.133 de 17 mayo 1983, había igualado la posición del hijo adoptivo al estado de hijo nacido del matrimonio.

<sup>60</sup> Sobre este punto, cfr. TIZIANA MONTECCHIARI, “Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto”, *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2019, pp. 1722 y ss.

LAS DIFERENCIAS MATERIALES Y SU IMPACTO  
EN DIVORCIOS TRANSFRONTERIZOS. TENSIONES ENTRE  
EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESTATAL Y EL ORDEN  
PÚBLICO EUROPEO

MATERIAL DIFFERENCES AND THEIR IMPACT  
ON CROSS-BORDER DIVORCES. TENSIONS BETWEEN  
STATE INTERNATIONAL PUBLIC POLICY  
AND EUROPEAN PUBLIC POLICY

GISELA MORENO CORDERO\*

*Profesora Ayudante Doctora, acreditada a Contratada Doctora  
Universidad de Granada*

Recibido: 19.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6314>

**Resumen:** En el Derecho de familia y más concretamente en el divorcio con elemento heterogéneo la intervención del orden público internacional interno suele ser especialmente recurrente. Las grandes diferencias materiales en la regulación de esta institución son el hábitat perfecto para hacer florecer la intervención de este excepcional recurso en los distintos sectores de problemas del DIPr. En el contexto multicultural europeo la ausencia de una unificación material del Derecho de familia crea importantes desequilibrios en la configuración de este recurso, por lo que será frecuente que la concepción supraestatal del orden público ponga en jaque su perspectiva doméstica. El presente estudio se adentra en el origen de estas tensiones e intenta ofrecer respuestas a esta problemática.

**Palabras clave:** divorcio transfronterizo, matrimonio, orden público internacional, libre circulación de personas, discriminación por razón de sexo.

**Abstract:** In family law and more specifically in divorce with a heterogeneous element, the intervention of domestic international public policy is often particularly recurrent. The great material differences in the regulation of this institution are the perfect habitat for the intervention of this exceptional remedy to flourish in the different sectors of PIL problems. In the European multicultural context, the absence of a material unification of family law creates important imbalances in the configuration of this remedy, so that the supra-state conception of public policy will frequently put its domestic perspective in check. The present study delves into the origin of these tensions and attempts to provide answers to this problem.

**Keywords:** cross-border divorce, marriage, international public policy, free movement of persons, sex discrimination.

**Sumario:** I. Construcción de la hipótesis II. La exclusión de la ley aplicable al divorcio. El alcance de las diferencias normativas en su determinación. 1. Los arts. 10 y 12 RR III. 2. Las meras

---

\* Este trabajo se adscribe al 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’. IP: Andrés Rodríguez Benot

diferencias en la formulación del divorcio en el marco del art. 10 *in primis* RR III. A) ¿Sería posible recurrir a la ley del foro en aplicación del art. 10 *in primis* RR III si la ley rectora del divorcio fuera más restrictiva? B) ¿Una ley más restrictiva que la del foro puede ser entendida como una limitación a la libertad individual y al *favor divorcii*? 3. El derecho fundamental de igualdad por razón de sexo. Orden público segregado del art. 10 *in fine* RR III. A) La desigualdad de sexo en el Derecho islámico. B) Cuestiones prejudiciales en torno al art. 10 *in fine* RR III. Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (As. C-372/16, Sahyouni). C) Los divorcios de matrimonios igualitarios. a) Los arts. 13 y 1.2 b) RR III. b) Impacto de las limitaciones normativas impuestas a la libertad de circulación en divorcios transfronterizos. III. Conclusiones.

## I. Construcción de la hipótesis

1. La globalización de las relaciones matrimoniales trae aparejada el incremento de matrimonios con elemento heterogéneo y su disolución, con infinidad de consecuencias para el tráfico externo.

2. El divorcio es precisamente una de las instituciones familiares más urgidas por el fenómeno de la multiculturalidad, representando un ámbito frecuentemente expuesto al impacto negativo del orden público del foro en su vertiente sustantiva. Ello viene originado en lo fundamental por la distinta concepción presente en la diversidad de modelos de regulación existentes en el derecho sustantivo comparado dentro y fuera de nuestro entorno, todos ellos penetrados por sus propios valores culturales, ético-morales, sociales e incluso políticos, que varían sustancialmente de uno a otro ordenamiento<sup>1</sup>.

3. En muchos ordenamientos aún perviven sistemas causales que defienden una postura restrictiva y conservadora del matrimonio bajo la forma de divorcio sanción o divorcio remedio.

El divorcio sanción responde a la idea extendida de que el matrimonio es una institución que se debe preservar por encima de los intereses de los cónyuges y sólo procederá por conducta reprochable de uno de los cónyuges que sanciona un comportamiento ilegítimo fundado en una causa general de incumplimiento grave y reiterado de los deberes matrimoniales establecidos por ley o en forma de lista cerrada. Así, quien haya puesto causa en el divorcio tiene coartada la posibilidad de desvincularse de la relación matrimonial que ha transgredido con su comportamiento, por lo que su activación descansará en el cónyuge injuriado<sup>2</sup>. En algunos ordenamientos tales comportamientos van a tener una repercusión negativa en los efectos colaterales derivados de la disolución del vínculo (los derechos hereditarios, los alimentos, la patria potestad, régimen económico del matrimonio, etc...)<sup>3</sup>.

A diferencia del divorcio sanción, el divorcio remedio se funda en la pérdida de fundamento del matrimonio. No implica, pues, la búsqueda de un culpable ni de una causa de naturaleza subjetiva, sino la constatación de un hecho objetivo, como puede ser, por ejemplo, el cese definitivo de la cohabitación, una enfermedad mental, la desaparición de uno de los cónyuges o el mutuo acuerdo, entre otras.

Para accionar los modelos de divorcio causal –sanción o remedio– se precisa la demostración de alguna de las causas taxativamente recogidas en las normas sustantivas del ordenamiento aplicable, causas que por lo general quedan sujetas a un término de caducidad o al ejercicio previo de la separación, y cuya activación se hace depender de reglas de legitimación activa que impiden que el cónyuge que haya puesto causa en el divorcio pueda interponer este tipo de demandas<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> P. JURCYS and M. FENWICK, “Party Autonomy in International Family Law: A Note from an Economic Perspective”, *Boletín de investigación jurídica de la Universidad de Kyushu*, 2014, pp 1-22, p. 1 y 2.

<sup>2</sup> L. LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc. II, pp. 714-781, pp. 773-775.

<sup>3</sup> En el Derecho colombiano, por ejemplo, entre los efectos colaterales afectados por la determinación de un culpable se encuentran: la obligación del cónyuge culpable de prestar alimentos al cónyuge inocente (art. 411.4 Código civil). El cónyuge inocente podrá beneficiarse de un régimen de indemnizaciones en atención a la situación pecuniaria de los esposos y podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este último pueda invocar derechos o concesiones estipulados.

<sup>4</sup> El Código civil colombiano ampara dos clases de divorcio vincular: el divorcio como remedio y el divorcio como sanción, dependiendo de la naturaleza objetiva o subjetiva de la causal que se invoque. Las causales objetivas podrán invocarse por cual-

En el divorcio unilateral, en cambio, no será necesario acreditar causa alguna para alcanzar el divorcio<sup>5</sup>, abandonando de esta forma las regulaciones propias del modelo de familia patriarcal para integrar valores y principios constitucionales como el derecho de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad<sup>6</sup>, en el que cobran protagonismo los derechos individuales de los cónyuges frente a los intereses generales de la familia<sup>7</sup>.

4. Los modelos de divorcio fundados en la culpa han ido cediendo terreno de forma progresiva al divorcio sin culpa, en el que junto a otras causas objetivas se incluye el mutuo acuerdo.

En el ámbito europeo la evolución experimentada por la institución del divorcio no ha sido plena en relación con la integración de la libertad personal, ya que la mayoría de ordenamientos estatales siguen sujetando el divorcio a la concurrencia de causas objetivas y subjetivas<sup>8</sup>. Así, mientras en Suecia, Finlandia y España<sup>9</sup> sus ordenamientos acogen soluciones jurídicas que habilitan el ejercicio unilateral de la acción de divorcio por cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de demostrar causa alguna, en el resto de países, siempre habrá que alegar y probar la concurrencia de alguna causal<sup>10</sup>.

5. En situaciones de tráfico externo los problemas derivados de las diferencias en la articulación del divorcio no se reducen a las distintas modalidades de divorcio identificadas. Para la autoridad del foro también plantea especial relevancia la disolución de un matrimonio con elemento extranjero en el

---

quiera de las partes, sin que sea necesario identificar al cónyuge culpable, salvo con respecto a los efectos. En estos casos no se incurre en falta, por lo que no será necesario reprobador la conducta anómala del cónyuge. En el divorcio sanción, en cambio, la acción corresponderá siempre al cónyuge inocente. Los hechos imputados al cónyuge culpable serán sobrevenidos al acto del matrimonio y demostrables mediante cualquier medio de prueba aceptado en Derecho. Cuando se tipifiquen causales subjetivas, el cónyuge culpable será sancionado por haber incurrido en cualquier ilicitud de las previstas en el orden sustantivo (art. 154 Código civil). A. VALENCIA ZEA, y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil. Derecho de Familia*, 7ª edic., Temis, Bogotá, 1995, pp. 246-260; G. MORENO CORDERO, *El reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales en el marco de las relaciones hispano colombianas*, Universidad de Granada, 2016, p. 5.

<sup>5</sup> J.M. NAVARRO VIÑUALES, *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 159-168.

<sup>6</sup> “Para nuestro legislador la libertad para desligarse de una relación conyugal insatisfactoria es inherente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y al de la igualdad de los cónyuges dentro de la relación matrimonial. Sus causas quedan soterradas en los valores de intimidad y dignidad familiar y personal. No se puede obligar a nadie a compartir la vida con otra persona cuando no se desea hacerlo. El matrimonio trae causa en la confluencia de dos voluntades autónomas, de tal forma que cuando una de ellas cesa, la relación jurídica se desvanece”. J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho Internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007, p. 339.

<sup>7</sup> R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre el Derecho de Familia”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 2, 2007, pp.75-98, pp.78-93.

<sup>8</sup> L. LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *op. cit.*, pp. 774-766.

<sup>9</sup> El modelo español es un fiel reflejo de esta evolución. Tras la reforma de nuestro Derecho de Familia operada mediante 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, el tratamiento de las situaciones de crisis ha sufrido un cambio de importante calado estas instituciones, fuertemente inspirado en el modelo de Suecia y Finlandia. La entrada en vigor de la Ley 15/2005 ha eliminado las barreras impuestas por las causales taxativamente fijadas en los antiguos arts. 82 y 86 Código civil español. Los actuales arts. 81 y 86 Código civil español, reconocen que, transcurridos los tres primeros meses desde la celebración del matrimonio y cualquiera que fuera la forma de su celebración, los cónyuges podrán ejercitar las acciones de separación o de divorcio de forma unilateral, de conjunto, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, sin necesidad de alegar causa o motivo alguno. Los cónyuges dispondrán de total libertad para decidir sobre la disolución del vínculo matrimonial y la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges en la disolución del vínculo no tendrá repercusión alguna ni para alcanzar el divorcio ni en el régimen de los efectos. G. MORENO CORDERO, “El efecto *erga omnes* del derecho matrimonial colombiano y su impacto en el Derecho internacional privado”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, nº 8, octubre-noviembre 2018, pp.1-24, p. 4.

<sup>10</sup> La mayoría de estos países disponen de sistemas mixtos en los que coexisten distintos tipos de divorcio que contemplan tanto causales objetivas como subjetivas. Entre los más restrictivos encontramos al ordenamiento austriaco, portugués e italiano. En el caso de Austria, por ejemplo, se prevé como causa culpable la grave conducta de uno de los cónyuges (adulterio, violencia, graves daños morales y demás incumplimientos de los deberes entre cónyuges, la separación de al menos tres años o debida a trastornos mentales del cónyuge, la demencia o locura, o la enfermedad contagiosa del otro cónyuge). En estos últimos tres supuestos, si el divorcio causara un grave perjuicio al demandado, solo será concedido tras seis años de separación. La demanda de divorcio ha de presentarse en un plazo de seis meses en un período de diez años, contados desde que se tiene conocimiento de la conducta.

que se cuestione su validez (matrimonio del mismo sexo o poligámico). Como problemático será a la par el reconocimiento de decisiones extranjeras que disuelven matrimonios en los a menudo se pone en entredicho el principio de no discriminación por razón de sexo.

6. Algunas autoridades de terceros Estados cuyos ordenamientos acogen sistemas divorcistas causales suelen interpretar las diferencias materiales descritas como un ataque a su orden público interno sin que se haya demostrado tal conculcación. Esta circunstancia provoca la exclusión de la ley designada por sus normas de conflicto siempre que esta ley contenga disposiciones más liberales que la ley del foro. Esta misma autoridad, con una percepción muy distorsionada de la función que cumple este excepcional recurso, también levanta la barrera del orden público para rechazar el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio siempre que no se funden en alguna de las causales previstas en el ordenamiento del foro y en situaciones en las que tampoco se han visto comprometidos principios y valores fundamentales del foro. La aplicación de la ley del foro se ha fundamentado asimismo en un control indirecto de la ley aplicada no previsto como condición de reconocimiento el sistema aplicable<sup>11</sup>.

El orden público también ha servido en terceros Estados para no pronunciarse sobre disolución del vínculo, así como para rechazar decisiones extranjeras que disuelven matrimonios igualitarios o poligámicos.

7. En el ámbito intra europeo el orden público se construye respetando la diversidad jurídica y cultural de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas nacionales (art. 67 TFUE). La evolución experimentada por esta excepción en las normas comunitarias de familia se nutre de los modelos nacionales para ir perfilando gradualmente los principios y valores básicos sobre los que el juez nacional ha de fundar este control tanto en un sentido positivo como negativo. Se habla así de evolución dialéctica y recíproca<sup>12</sup>. Sin embargo, tampoco se puede decir que en este ámbito la utilización del orden público sea bien entendida por las autoridades de los Estados miembros, pues en muchos casos estas anteponen su visión interna del orden público al enfoque que cabe y se espera defender desde la perspectiva de integración europea, concretados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>13</sup> y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>14</sup>.

Además de una visión integrada del orden público, la UE persigue la construcción de un mercado interior dentro de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales sea garantizada (art. 26 TFUE)<sup>15</sup>. La libertad de circulación constituye uno de los tres pilares básicos en que reposa la arquitectura normativa de la UE y precisa que dentro de este espacio los nacionales de los Estados miembros (ciudadanos europeos) disfruten de una movilidad transfronteriza libre de obstáculos (art. 61 TCE)<sup>16</sup>. De modo que

<sup>11</sup> Estas consecuencias han sido ampliamente analizadas en distintos ordenamientos latinoamericanos en, G. MORENO CORDERO, "La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento "Roma III", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 30, diciembre 2015, pp.1-40; Id., "Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el derecho del foro: el ejemplo chileno y peruano", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n° 155, enero-abril de 2018, pp. 175-226; Id., "El efecto *erga omnes* del derecho matrimonial colombiano y su impacto en el Derecho internacional privado", la *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, n° 8, octubre-noviembre de 2018, pp.1-24.

<sup>12</sup> POILLOT PERUZZETTO reconoce que, "El orden público nacional es aplicado por el Juez nacional y controlado por el Juez de Derecho comunitario. (...) al final, por tanto, se mantiene el orden público nacional e, indirecta y eventualmente, una paralela construcción del orden público europeo". S. POILLOT PERUZZETTO, "La incidencia de las modalidades del reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio judicial europeo", *AEDIPr.*, t. IX, pp. 179-199, pp. 183 y 184.

<sup>13</sup> DO C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

<sup>14</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>15</sup> J. CARRASCOA GONZÁLEZ, "El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo", 2017, pp. 191-322, p. 207.

<sup>16</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino", *InDret*, n° 251, noviembre 2004, pp. 1-20; M. GUZMÁN ZAPATER, "Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?", *La Ley*, n° 7479, septiembre-2010, pp. 7-17; S. CARRERA y F. GEYER, "El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 29, enero-abril 2008, pp. 133-162.

todas aquellas barreras que la normativa estatal pueda imponer a cualquiera de estas libertades han de suprimirse para resguardar un derecho fundamental de naturaleza supraestatal que goza de primacía<sup>17</sup>.

8. En el ámbito del divorcio los obstáculos que se pueden oponer a las situaciones derivadas de la movilidad transfronteriza de sus nacionales o de naciones de terceros Estados protegidos por el Derecho de la UE, no solo van a verse favorecidas por la heterogeneidad en el tratamiento de la institución del divorcio, sino también por el influjo de las normas de DIPr. articuladas por el propio legislador comunitario en las que todavía se hace sentir el empuje de la perspectiva doméstica del orden público internacional que puede llegar a atravesar las libertades de circulación garantizadas por el Derecho originario y derivado de la UE, así como el derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo<sup>18</sup> resguardado en el art. 21 CDFUE y en el art. 14 CEDH.

9. Esta constatación puede resultar paradójica si tenemos en cuenta que una de las principales misiones del legislador europeo en este plano es la de suprimir los obstáculos a las libertades europeas de circulación a través de la unificación de las normas de DIPr.<sup>19</sup>, normas que están llamadas a consolidar los principios de confianza comunitaria y de reconocimiento mutuo, así como evitar que la diversidad normativa existente entre los distintos Estados frustre el reconocimiento de situaciones jurídicas-privadas nacidas al amparo de un ordenamiento extranjero, por el solo hecho de cruzar las fronteras intra europeas<sup>20</sup>.

10. El objetivo del presente trabajo es doble. Por un lado, pretendemos identificar los obstáculos que las normas de DIPr. imponen a los divorcios transfronterizos, así como aquellos que puedan derivar de los derechos estatales y su impacto en el contexto de la libre circulación y en el derecho de no discriminación por razón de sexo. Por otro lado, ofreceremos algunas respuestas concordantes con la pretendida consolidación de un verdadero espacio judicial europeo en ámbito de la familia.

## II. La exclusión de la ley aplicable al divorcio. El alcance de las diferencias normativas en su determinación

### 1. Los arts. 10 y 12 RR III

11. En principio, las diferencias normativas presentes en la formulación del divorcio en los ordenamientos comparados (divorcio sanción, divorcio remedio, divorcio unilateral), no presumen *per se* la intervención del orden público en el sector de ley aplicable, a menos que tales diferencias supongan un manifiesto atentado a los principios y valores esenciales del foro<sup>21</sup>.

En todo caso, la complejidad que plantea la disparidad normativa dentro del tráfico externo, según tendremos ocasión de constatar, requiere poner el foco de atención en el diseño de las normas de conflicto vigentes en este ámbito<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002, p. 79; J. F. MESTRE DELGADO, “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 11, enero-diciembre 1997, pp.131-155, pp.151 y 152.

<sup>18</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, n° 35, junio 2018, pp. 1-49; 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”, *CDT*, 2017, vol. 9, n° 2, pp. 106-126. *DO C* 191, de 29 de julio de 1992.

<sup>19</sup> Visión conflictual integradora europea, que no jurídica. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *op. cit.*, pp. 232 y 233.

<sup>20</sup> 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. 521-533.

<sup>21</sup> E. PATAUT, “Codifier le divorce international: Quelques remarques sur le projet GEDIP”, *AUCIURIDICA*, 2020, 66, págs. 9-115; 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. 291-293.

<sup>22</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, 2004, pp. 117-186.

12. El Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de junio de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>23</sup> (en adelante, RR III)<sup>24</sup>, ha sido diseñado para crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes y garantizar a los cónyuges soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad (Considerando 9). Este Reglamento presenta un alcance universal (art. 4), por lo que desplaza en todo lo allí contenido al art. 107.1 del Código civil español para las demandas presentadas a partir del 21 de junio de 2012 (art. 18).

13. El RR III imprime ciertas especialidades a la consideración del orden público en el sector de ley aplicable, según ha quedado expresado en sus arts. 10 y 12.

En primer lugar, el art. 12 RR III constituye la cláusula general de orden público que permite la exclusión de la ley designada por sus normas de conflicto, cuando la aplicación de esta ley resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Entretanto, el art. 10 RR III es una norma de conflicto independiente de la posibilidad genérica amparada por el art. 12 RR III<sup>25</sup>, también conocida como cláusula de rechazo<sup>26</sup>, que contempla dos situaciones que conllevan la exclusión de la ley designada por las normas de conflicto del RR III y la consecuente aplicación de la ley del foro. Con esta norma se garantiza el divorcio a toda persona que lo reclame ante una autoridad competente de un Estado miembro participante de la cooperación reforzada, que no podrá negarse -no es discrecional- a conceder el divorcio de configurarse alguna de las exclusiones allí establecidas<sup>27</sup>. El divorcio, en consecuencia, es tratado como un derecho fundamental orientado a la consecución del *favor divortii*<sup>28</sup>, además de potenciar el *ius connubii*, pues, garantizando el divorcio, los cónyuges recuperarán su capacidad para contraer nuevas nupcias<sup>29</sup>.

La primera exclusión establecida en el art. 10 (*in primis*) se activa:

“Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio (...)”.

Esta primera referencia “no contemple el divorcio”, también conocida como “cláusula italiana”, solo podrá ser utilizada cuando ley designada por las normas de conflicto del RR III carezca de la institución del divorcio, esto es, cuando el divorcio no exista para el sistema jurídico al que remiten los arts. 5 y

<sup>23</sup> Debido a la falta de consenso entre Estados miembros del RB II *bis* para la culminación del proceso de unificación de la normativa conflictual comunitaria, solo 14 de los 27 Estados miembros optaron por el mecanismo de la cooperación reforzada previsto en los arts. 20.2 TUE y 326-334 TFUE. Posteriormente se sumaron Estonia, Grecia y Lituania. Actualmente, además de España, son Estados miembros de este Reglamento: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía, sin perjuicio de que cualquier otro Estado miembro participe en el futuro (artículo 331 TFUE). M. HERRANZ BALLESTEROS, “Reflexiones en torno al Reglamento 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 J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *El tratado de Lisboa: Un balance de la Presidencia española*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2011, pp. 197 y ss; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *RDCE*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561-564; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 36-71; P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, vol. 3, nº 2, diciembre 2011, pp. 85-129.

<sup>24</sup> *DOUE* L 343, de 29 de diciembre de 2010.

<sup>25</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2020, p. 473.

<sup>26</sup> Cláusula de rechazo vs orden público. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, nº 2, pp. 267-288.

<sup>27</sup> P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT*, *op. cit.*, pp. 85-129.

<sup>28</sup> T. KRUGER, “Rome III and Parties’ Choice”, *Familie & Recht*, enero-2014, pp. 1-16, pp. 16-19.

<sup>29</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, vol. II, 2020, pp. 1741-1756; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

8 RR III. Se trata de una norma materialmente orientada al *favor divorcii*, ya que conduce a la aplicación de la *lex fori* y la ley material de todos los Estados participantes de la cooperación reforzada admiten el divorcio tras su aceptación en 2011 por el Derecho maltés<sup>30</sup>. Por consiguiente, será poco probable que esta exclusión vaya a plantear problemas en el orden práctico, pues solo Filipinas y Ciudad de Vaticano no admiten el divorcio, como poco probable será igualmente que los cónyuges elijan una ley para regir el divorcio si esta ley no contempla tal posibilidad<sup>31</sup>.

La segunda exclusión admitida por el art. 10 (*in fine*) se activa cuando la ley elegida o designada en defecto de elección:

“(…) no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (…)”.

Esta cláusula, también conocida como “cláusula española”, a diferencia del supuesto anterior, el derecho extranjero sí contempla el divorcio, pero al hacerlo, introduce regulaciones que reflejan una clara discriminación por razón de sexo. Esta exclusión es frecuentemente utilizada para excluir la aplicación de ordenamientos de inspiración islámica en los que el acceso al divorcio refleja nitidamente los privilegios del hombre frente a la mujer<sup>32</sup>.

Finalmente, es preciso puntualizar que el art. 10 *in fine* acoge un motivo exclusión de orden público (discriminación por razón del sexo) que el legislador comunitario ha querido segregar de la cláusula general del art. 12 RR III, según el cual.

“Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

El significado de esta precisión es importante para comprender el alcance de una y otra disposición dada sus notorias diferencias.

Para empezar art. 12 RR III será de aplicación a cualquier otra situación de orden público que no vengan referidas a discriminaciones por razón de género<sup>33</sup>, por tanto, intervendrá cuando la ley aplicable sea discriminatoria para uno de los cónyuges por razón de religión, ideología, etnia, origen social o pertenencia a una organización social concreta<sup>34</sup>. Tampoco su aplicación conduce a la aplicación de la ley del foro, por lo que, al no haberse incluido esta posibilidad en el art. 12 RR III, cada Estado miembro responderá a la localización del Derecho aplicable según sus propios criterios. Aunque lo razonable sería que este silencio fuera interpretado, en defecto de elección, respetando el orden prelativo establecido en el art. 8 RR III, mismo criterio que deberá adoptarse en los casos en que los cónyuges hayan elegido más de una ley escalonadamente *ex art.* 5 RR III. De esta forma se garantizaría la imperatividad de las normas de conflicto dispuestas por el legislador europeo<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 18ª edic., vol. II, Comares, Granada, 2018, pp. 274-277.

<sup>31</sup> C. HENRICOT invoca como ejemplo el caso de que la ley elegida por los cónyuges se rige por una ley religiosa que no admiten la disolución del matrimonio. C. HENRICOT, “Droit applicable au divorce international: mise en application du règlement Rome III”, *Journal des tribunaux*, nº 6487, septiembre-2012, pp. 557-563, p. 561.

<sup>32</sup> Divorcio unilateral del hombre, cuando la mujer tiene que pagar una dote para que el marido la repudie, por la intervención de reglas de legitimación que permitan solicitar el divorcio solo al hombre o cuando la causa en la que se sustente el divorcio solo quepa oponerla cuando sea la mujer la que provoque su configuración (p. e., el adulterio de la mujer, pero no el del hombre).

<sup>33</sup> P. Franzina, “L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *RDI*, vol. 94, nº 2, 2011, pp. 488-496, p. 491.

<sup>34</sup> 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>35</sup> El art. 10 RR III altera el orden prelativo establecido *ex art.* 8 donde la *lex fori* ocupa el último lugar de la escalera conflictual. Sin embargo, debido a la preferencia del legislador europeo por la conexión “residencia habitual”, la exclusión del Derecho extranjero en base al art. 12 llevará con frecuencia a la aplicación de la ley de foro en tanto ley coincidente con la ley de la “residencia habitual” de los cónyuges. G. MORENO CORDERO, “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento “Roma III”, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

Otra importante diferencia que se desprende de sendas normas es que la apreciación el art. 10 RR III implica la exclusión de plano de ley reguladora del divorcio en ambos casos. Quiere esto decir que no se precisa acreditar un perjuicio *in concreto* de los principios y valores básicos del foro competente para conocer del fondo del divorcio, sino que será suficiente comprobar que la ley en cuestión no contempla esta posibilidad o que se trata de una legislación discriminatoria por razón de género<sup>36</sup>.

La comprobación de un atentado a las bases jurídicas fundamentales del Estado del foro tiene lugar únicamente a la luz del art. 12 RR III y su apreciación será discrecional para el tribunal, que será el que decida excluir o no las disposiciones afectadas por el orden público del foro<sup>37</sup>. Esta distinción se desprende de una interpretación analógica del Considerando 24 del RR III cuando sostiene que las exclusiones del art. 10 RR III han de entenderse, sin perjuicio de la cláusula general de orden público<sup>38</sup>.

## 2. Las meras diferencias en la formulación del divorcio en el marco del art. 10 *in primis* RR III

### A) ¿Sería posible recurrir a la ley del foro en aplicación del art. 10 *in primis* RR III si la ley rectora del divorcio fuera más restrictiva?

14. La aplicación e interpretación del art. 10 *in primis* RR III, con muy bajo perfil en la actualidad, ha suscitado no obstante dudas sobre su alcance, cuestión a la que ha respondido ya el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2020 (*As. C249/19, JE vs. KF*).

En este asunto el TJUE resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Distrito de Bucarest (Rumanía), en el sentido clarificar si la expresión “no contempla el divorcio” contenida en el art. 10 *in primis* RR III ha de interpretarse de modo restrictivo, es decir, solo en caso que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio, o si también incluye los casos en los que dicha ley admite el divorcio, pero de forma más restrictiva que las regulaciones previstas en la ley del foro que implican un procedimiento obligatorio de separación judicial antes del divorcio para el que la ley del foro carece de disposiciones procesales equivalentes.

La situación planeada versaba sobre un divorcio instado ante autoridad rumana que se regía por derecho italiano [art. 8, a)]. Las normas de divorcio italianas exigen como condición para la disolución del vínculo la previa separación judicial y que hayan transcurrido al menos tres años entre la fecha de dicha separación y la fecha de presentación de la demanda de divorcio. Entretanto, la ley rumana (*lex fori*), no establece esta condición ni contempla disposiciones procesales relativas a la separación judicial como exigencia al ejercicio de la acción de divorcio.

15. La respuesta del TJUE fue rotunda y no se alejó de lo esperado: el art. 10 *in primis* RR III constituye una excepción a los arts. 5 y 8 RR III, por lo que debe ser objeto de una interpretación estricta.

Para sustentar su postura el Alto Tribunal desarrolló dos líneas argumentales. La primera, se sustenta en el art. 13 y en el Considerando 26, según los cuales la expresión “no contemple el divorcio” debe interpretarse en el sentido de que la ley elegida por los cónyuges o designada por las normas de conflicto del RR III “carece de la figura del divorcio”<sup>39</sup>. La segunda, se apoya en los Considerandos 9, 21 y 29 referidos las distintas finalidades del RR III, especialmente, la de garantizar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional a dos concretos efectos: a) para facilitar la libre circulación de personas en la Unión Europea; y b) para impedir situaciones en las

<sup>36</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, n.º 2, pp. 267-288.

<sup>37</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 278.

<sup>38</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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”, *CDT*, vol. 13, n.º 1, pp. 741-754, p. 749.

<sup>39</sup> Y matiza su confirmación precisando que, “*si bien el considerando 26 hace referencia a la ley del Estado miembro a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido, no lo es menos que, en la medida en que este considerando atañe al significado de la expresión «no contemple el divorcio», las indicaciones que hace a este respecto son también pertinentes en lo concerniente al art. 10 del RR III*”.

que uno de los cónyuges soliciten el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una determinada ley que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses.

**16.** El TJUE dejó sentado asimismo que tampoco la inexistencia de un procedimiento de separación en el Derecho procesal rumano será óbice para inaplicar el Derecho italiano designado por las normas de conflicto del RR III. Y dado que dicho tribunal no puede declarar tal separación por carecer de este procedimiento, para resolver este escollo deberá en todo caso comprobar que se cumplen las condiciones de fondo previstas en la ley italiana para decretar la separación y dejar constancia de esta circunstancia en el marco del procedimiento de divorcio instado ante su jurisdicción<sup>40</sup>.

Tampoco en el art. 12 RR III tenía cabida alguna en este asunto sabiendo que la normativa italiana aplicable, aunque más restrictiva, no comprometía en ninguna de sus partes principios y valores esenciales del ordenamiento rumano. Como nítidamente ha manifestado el profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ en el comentario realizado a esta sentencia, para que esta excepción llegue a configurarse se necesita un “plus de motivación”. El hecho que el Derecho extranjero regulador del divorcio - elegido por los cónyuges (art. 5) o designado en defecto de elección (art. 8)- acoja un sistema divorcista más restrictivo que el previsto en el ordenamiento del foro es una circunstancia que carece de relevancia para activar la excepción de orden público<sup>41</sup>.

**17.** El mensaje que TJUE expresa en los distintos pronunciamientos desarrollados en esta sentencia es un absoluto respeto por la imperatividad de las normas de conflicto del RR III. Las diferencias normativas en el tratamiento del divorcio sean estas de naturaleza sustantivas o procesales no serán capaces de modificarla. De esta forma se está garantizando la seguridad jurídica y la previsibilidad en la determinación del Derecho aplicable al divorcio allá donde los cónyuges interpongan la demanda. Por consiguiente, la exclusión de la ley designada por las normas de RR III y la consecuente aplicación de la ley del foro, que aguarda la expresión “no contemple el divorcio” solo quedará habilitada cuando dicha ley no habilite esta posibilidad<sup>42</sup>.

En definitiva, la falta de convergencia material entre los distintos ordenamientos no resulta una circunstancia que en sí misma autorice la exclusión de la ley designada por la norma de conflicto para terminar aplicando la ley del foro ni en este concreto caso ni cuando tenga lugar la situación inversa, esto es, cuando el ordenamiento del foro sea más restrictivo y la ley aplicada menos restrictiva.

**18.** Fuera de la situación analizada en la práctica puede también suceder, por ejemplo, que planteada la demanda de divorcio ante los órganos jurisdiccionales españoles, en cumplimiento de lo establecido en el RR III, resulte de aplicación una ley que adopta un sistema causalista en la modalidad de divorcio sanción, y el juez, tras asumir su competencia, advierte que de conformidad con aquél derecho no es posible alcanzar el divorcio porque quien lo ha ejercitado es el cónyuge culpable no legitimado para instar este tipo de demandas. Según la línea hermenéutica seguida por el TJUE en el asunto analizado, tampoco el juez español podría excluir la aplicación de la ley designada por el RR III para terminar aplicando la ley española menos restrictiva, si en el derecho designado por la norma de conflicto existiera la posibilidad de tramitar este tipo de demanda, por ejemplo, tras el cumplimiento de un período de separación de los cónyuges<sup>43</sup>.

Cosa distinta es que la ley extranjera aplicable al divorcio establezca reglas de legitimación haciendo descansar la decisión de activar el divorcio en el cónyuge inocente, y que, por otro lado, tam-

<sup>40</sup> Véase el FJ 36.

<sup>41</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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”, *op. cit.*, pp. 741-754.

<sup>42</sup> F. FALCONE, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *CDT*, vol.10, n° 1, marzo-2018, pp. 568-580.

<sup>43</sup> En el Derecho colombiano la necesidad de identificar a un culpable puede repercutir incluso en causales objetivas, salvo en el mutuo acuerdo. Así lo ha hecho patente la Corte Constitucional colombiana C-1495 en la sentencia de 2 de noviembre de 2000. G. MORENO CORDERO, “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento “Roma III”, *op. cit.*, p. 17, especialmente cita 53.

poco no sea posible que el cónyuge culpable pueda tramitar una demanda por mutuo acuerdo porque el cónyuge inocente se niegue. En ese caso consideramos que sí estaría justificada la exclusión de la ley extranjera por parte del juez español, pero no al abrigo del art. 10, sino de la cláusula general de orden público del art. 12, que cabría estimar para resguardar un valor esencial de su sistema en base al derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad<sup>44</sup>.

Esta matización responde a que en la situación descrita no concurren motivos de desigualdad por razón de sexo, circunstancia que a su vez descarta la aplicación de la ley española en calidad de ley de foro. A diferencia del art. 10, el art. 12- según indicamos-no designa expresamente qué ley debe aplicarse en tal caso, por lo que este silencio debe ser interpretado según los criterios establecidos en el ordenamiento del foro.

Ahora bien, si el cónyuge inocente es quien acciona el divorcio, demostrando durante el proceso seguido ante las autoridades españolas la concurrencia de cualquiera de las causales previstas en el derecho extranjero (más restrictivo que el español). La exclusión de la ley extranjera en este caso no estaría justificada pues el hecho de que se trate de un derecho más restrictivo no sería motivo suficiente para ser excepcionado, a menos que las causales en las que se fundamente el derecho extranjero reflejen el privilegio de uno de los cónyuges por razón de sexo o por otro motivo de desigualdad como más adelante se verá.

## **B) ¿Una ley más restrictiva que la del foro puede ser entendida como una limitación a la libertad individual y al *favor divorcii*?**

19. Si partimos de presupuesto que confirma que las meras diferencias normativas no pueden ser entendidas como un motivo suficiente para excluir la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del RR III a favor de la aplicación de la ley del foro *ex art. 10 RR III*, ello nos permite confirmar que en la situación actual resulta forzado e injustificado encajar la aplicación de la ley del foro menos restrictiva en las exclusiones del art. 10 RR III y mucho menos en la cláusula general de orden público del art. 12 RR III. No existe ningún fundamento para hacerlo. La imperatividad de las normas de conflicto es irreductible. Precisamente uno de objetivos perseguidos por el DIPr. es el respeto por esa diversidad normativa, por lo que los tribunales no deben juzgar las leyes extranjeras desde su propia óptica. Su contenido material es indiferente para quien lo aplica, salvo orden público. Tampoco la función del juez no es modificar arbitrariamente la ley designada por las normas de conflicto que son de imperativo cumplimiento. En ese sentido nada que objetar sobre la postura seguida del Alto Tribunal el asunto analizado.

20. Ahora bien, una cosa es que en la situación actual no quepa defender la exclusión de la *lex causae* y aplicar en su lugar la ley del foro y otra bien distinta es no pueda hacerse en ningún caso. Existen diversos ejemplos en las normas de conflictos supranacionales en las que se defiende el recurso a una ley más favorable por algún motivo que es necesario resguardar.

En el ámbito del divorcio no se puede afirmar que todas las leyes que lo admiten sean justas y proporcionadas para el alcanzar este objetivo y el ejemplo analizado nos hace reflexionar sobre ello. Un ordenamiento como el italiano -y como muchos otros ordenamientos incluso más restrictivos- que lastra el divorcio exigiendo la previa separación por un periodo de tres años y la alegación de una causa para divorciarse traza una senda muy estrecha para que tenga cabida el respecto por la libertad individual. Esta norma esconde una clara intención de ofrecer un tiempo de reflexión a los cónyuges para evitar que el vínculo se disuelva, anteponiendo la protección matrimonio por sobre el interés individual.

21. Una forma de reducir este impacto se podría lograr a través de una norma de conflicto materialmente orientada a la aplicación de la ley del foro cuando esta sea más favorable al divorcio que la designada por las norma de conflictos. Cabría sopesar incluso la posibilidad de introducir un correctivo

<sup>44</sup> J. M., ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 339-341.

que incorpore factores de proximidad con el tribunal que conoce del fondo, para evitar situaciones estratégicas de los cónyuges. De esta forma se estaría garantizando un proceso más rápido y sencillo para las partes en el marco de una solución conflictual alineada con la libertad personal que responde plenamente a uno de los principales objetivos marcados por el legislador europeo en este ámbito: el *favor divorcii*.

### 3. El derecho fundamental de igualdad por razón de sexo. Orden público segregado del art. 10 *in fine* RR III

#### A) La desigualdad de sexo en el Derecho islámico

22. El RR III no es ajeno a las consecuencias que puede acarrear el carácter universal de las normas de conflicto (art. 4) provocado por la heterogeneidad en la institución del matrimonio y su eventual disolución en los ordenamientos comparados dentro y fuera del ámbito europeo.

Esta segunda excepción cobra relevancia cuando el sistema legal aplicable al divorcio contiene formas de divorcio discriminatoria para la mujer propias del Derecho de inspiración islámica, intolerables para el orden público internacional del foro. En esos casos, el juez tiene la obligación -no se permite discreción- de aplicar la ley del foro por un motivo muy concreto que se separa de la cláusula general de orden público al que alude el art. 12 RR III: la desigualdad por razón de sexo<sup>45</sup>.

23. Hemos adelantado ya que, en este caso bastará con comprobar que el contenido del Derecho extranjero es discriminatorio por razón de sexo rechazar de plano su aplicación por parte de la autoridad competente, puesto que dicha disposición se refiere claramente a la “igualdad de acceso al divorcio” para ambos cónyuges, es decir, cuando hombres y mujeres dispongan de las mismas causas y de la misma amplitud para acceder al divorcio<sup>46</sup>.

La matización no es baladí si tenemos en cuenta que la regulación del divorcio en el Derecho islámico no es en todos los casos igual de restrictiva. Un ejemplo muy cercano y de señalada repercusión para la autoridad española se localiza en el Derecho marroquí, sobre todo tras las importantes modificaciones operadas en 2004 en el Código de Familia marroquí (CFM/*Mudawana*) dirigidas a la búsqueda de una equiparación entre los derechos de los hombres y de las mujeres en el ámbito familiar.

24. Antes de la última modificación de la *Mudawana* el divorcio constituía un privilegio exclusivo del esposo y por consiguiente un motivo de discriminación por razón del sexo, pero tampoco no se puede afirmar que esta modificación haya desterrado las situaciones de discriminación hacia la mujer, puesto que, aunque se arbitran soluciones que permiten que la mujer pueda ejercitar el divorcio, estas posibilidades siguen siendo escasas en relación con las reconocidas al hombre<sup>47</sup>.

Según la actual redacción del art. 78 CFM<sup>48</sup>, el *talac*/repudiación lo puede solicitar el esposo y la esposa si esta tiene el derecho de opción cedido por su esposo al momento de contraer matrimonio. A esta facultad se le denomina *tamlík* o derecho de opción que el marido concede a la mujer para que pueda de solicitar al tribunal la autorización de disolución del matrimonio por *talaq* (art. 89 CF), autorización que el esposo no podrá revocar unilateralmente<sup>49</sup>. Sin embargo, no se puede decir sea un

<sup>45</sup> A. BORRAS, “Introducción générale, en VVAA, *Droit Européen du divorce. European divorce Law. Travaz du CREDIMI*, vol. 39, 2013, pp. 1-25, p. 21.

<sup>46</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 278.

<sup>47</sup> H. ZEKRI, “La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, pp.245-268.

<sup>48</sup> Para que la disolución del matrimonio sea considerada válida por esta vía será obligatoria la intervención de dos adules que darán fe de este acto, previa autorización de la autoridad judicial mediante acta.

<sup>49</sup> El procedimiento que se sigue en este caso es similar al que realiza el marido a través del *talaq*, así la esposa solicita autorización al Tribunal (arts. 79-80 CFM) y si esta comprueba que se cumplen las condiciones establecidas por los cónyuges en el acuerdo de cesión, intentará alcanzar la reconciliación de los cónyuges, en primer lugar, (arts. 81 y 82 CF). Si este intento fracasa procederá entonces a otorgar la autorización para que dos adules formalicen la disolución del vínculo mediante acta. Además de este pronunciamiento, en el acta se harán constar los derechos reconocidos a la esposa y a los hijos, si los hubiere (arts. 84 y 85 CFM).

derecho que la mujer pueda ejercitar plenamente, ya que, si bien corresponde a la mujer solicitar la autorización para iniciar la disolución al tribunal por *talaq*, en todos estos casos se requiere del consentimiento del esposo.

Además del repudio tradicional, la nueva *Mudawana* ha introducido dos nuevas formas de disolución del vínculo: por disensión (*tatliq li a-siqaq*) y por mutuo acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*).

El divorcio por disensión (arts. 94-97 CFM) es utilizado para dar respuesta a las profundas divergencias existentes entre los cónyuges imposibles de recomponer por otra vía que no sea la disolución del matrimonio. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que incluye todo aquello que haga imposible una convivencia pacífica entre los esposos, por ejemplo, la incapacidad sexual de alguno de los cónyuges o cuando la convivencia implica un perjuicio para cualquiera de los cónyuges. El divorcio por disensión podrán solicitarlo al tribunal ambos cónyuges de manera separada o conjuntamente y alcanzarlo no dependerá de la voluntad de los esposos. El juez intentará la conciliación en dos sesiones si hay hijos, pero si el desacuerdo persiste, debe decretar la disolución<sup>50</sup>.

El *talac* por mutuo acuerdo (art. 114 CFM) permite que los cónyuges acuerden solicitar el divorcio al Tribunal sin que medie ninguna condición o con condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones del CFM, ni con los intereses de los menores. Ambos o solo uno de ellos podrán presentar la demanda de disolución al tribunal con la finalidad de obtener la autorización, junto a la cual deberán acompañar el acuerdo.

La mujer podrá solicitar además el divorcio por compensación (*jul'a*), pero al igual que el divorcio por mutuo acuerdo requerirá del consentimiento del esposo. El divorcio en este caso se alcanza a cambio de una contraprestación económica. El esposo deberá aceptar la renuncia de la mujer a una parte de la dote, restituir la que ya le ha sido entregada o renunciar a alguno de sus derechos derivados de las obligaciones del marido con la esposa e hijos (art. 114 CFM).

La *Mudawana* contempla asimismo la posibilidad de que esposa solicite la disolución del matrimonio al tribunal por causas imputables al marido (*talilq*). Estas causas vienen establecidas en el art. 98 CFM, y son las siguientes: por incumplimiento del esposo de alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial (art. 99 CFM); cuando sufra algún perjuicio (arts. 101 y 102 CFM)<sup>51</sup>; por falta de manutención (art. 102 CFM); por ausencia del cónyuge por más de un año (art. 104 CFM); por la existencia de un defecto que imposibilite la vida íntima entre ellos o enfermedad de uno de los cónyuges que pongan en peligro la vida del otro esposo o su salud y cuya curación requiera de un año (art. 107 CFM); por juramento de continencia o por abandono de su esposa (art. 112 CFM)<sup>52</sup>.

**25.** Como se observa algunas causas de divorcio del derecho marroquí admiten que la esposa pueda solicitar el divorcio, sin embargo, su acceso al divorcio, aunque es posible en ciertos casos, no es equiparable al acceso permitido al hombre<sup>53</sup>. Visto así, cabría entonces descartar el Derecho marroquí *in abstracto*, al contener disposiciones divorcistas discriminatorias para la mujer<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> El Tribunal tendrá en cuenta la responsabilidad de cada uno en la disolución del matrimonio para evaluar la reparación del perjuicio causado a cada cónyuge y será el cónyuge más perjudicado quien recibirá la indemnización

<sup>51</sup> Bajo esta causal pueden operar cualquier conducta del esposo que contravenga la estabilidad familiar y las buenas costumbres y cause algún perjuicio moral o material.

<sup>52</sup> G. ESTEBAN DE LA ROSA, J. OUHIDA, K. OUALD ALI y T. SAGHIR, “La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (traducción comentada del Código de familia de 2004)”, G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.) Junta de Andalucía, 2009, pp. 91-124.

<sup>53</sup> J. TAHIRI, “El orden público marroquí como límite a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras de disolución de los matrimonios mixtos”, *Revue marocaine d'études internationales. Le mariage dans les relations euro-maghrébines*, Actes du colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002, número especial, octubre 2003, p. 89; P. DIAGO DIAGO, “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *REEI*, 2915, pp.1-29.

<sup>54</sup> Contra esta postura la profesora DIAGO DIAGO sostiene que tal exclusión “(...) deberá operar si con la elección de la ley aplicable se especifica la modalidad elegida por los cónyuges y ésta se encuadra dentro de la exclusión del art. 10 o, directamente (...) cuando la ley designada sólo conoce supuestos discriminatorios de acceso al divorcio, por razón de sexo”. P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, vol. LXVI/2, julio-diciembre 2014, pp. 49-79, p. 61.

## B) Cuestiones prejudiciales en torno al art. 10 *in fine* RR III. Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (As. C-372/16, *Sahyouni*)

26. En la sentencia del conocido asunto *Sahyouni* el TJUE no resuelve las cuestiones prejudiciales relacionados con el alcance de art. 10 *in fine* RR III asociadas a situaciones de discriminación de la mujer dentro del Derecho islámico; sin embargo, del informe del Abogado General añadió ciertos componentes de interés dogmático y práctico procedentes que aderezan el debate en torno al alcance esta norma.

27. El caso concreto abordó el divorcio de un matrimonio celebrado en Siria entre el Sr. Raja Mamisch y la Sra. Soha Sahyouni, ambos de nacionalidad siria, que posteriormente adquirieron la nacionalidad alemana. El matrimonio se estableció en Alemania después de varios cambios de residencia. En 2013, el Sr. Mamisch se divorcia de su esposa a través de un representante ante el tribunal religioso de la sharía de Latakia (Siria). Posteriormente la Sra. Sahyouni firmó una declaración en la que reconocía haber recibido la compensación íntegra que le correspondía de acuerdo con el contrato matrimonial y del divorcio operado mediante declaración unilateral de voluntad de su marido según la legislación religiosa. En el acuerdo la Sra. Sayouni eximía a su esposo de cualquier obligación que pudiera tener frente a ella. Posteriormente, el Sr. Mamisch solicita ante las autoridades alemanas el reconocimiento de la resolución divorcio religioso adoptada en Siria de conformidad con el Derecho islámico, a lo que la Sra. Sahyouni responde oponiéndose. La solicitud fue admitida por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania (*Oberlandesgericht München*), por considerar que el RR III cubría este tipo de solicitudes. Ante las dudas que suscitó el asunto, dicha autoridad decidió plantear TJUE tres cuestiones prejudiciales.

- 1) *¿Se incluyen también en el ámbito de aplicación que establece el artículo 1 del [Reglamento no 1259/2010] los casos de divorcio privado (en el presente asunto, por declaración unilateral de un cónyuge ante un tribunal religioso en Siria en virtud de la sharía)?*
- 2) *Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, en caso de aplicación del RR III, en el marco del examen de su art. 10 en supuestos de divorcio privado:*
  - a) *¿ha de tomarse como base de manera abstracta una comparación de la que resulta que la ley aplicable conforme al artículo 8 permite a un cónyuge acceder al divorcio, pero, por motivos de sexo, en condiciones procesales y materiales distintas de las del otro cónyuge, o bien;*
  - b) *la aplicabilidad de esta norma depende de si la aplicación del Derecho extranjero, que es discriminatorio de modo abstracto, también es discriminatoria en el caso concreto?*
- 3) *En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión indicada en la letra b), ¿puede considerarse una razón para no aplicar la norma la aceptación del divorcio por parte del cónyuge discriminado, también bajo la forma de la recepción consentida de una compensación?*

28. El TJUE responde al Tribunal alemán precisando que su competencia para conocer de la primera cuestión prejudicial planteada si bien fue cuestionada y rechazada en un primer intento<sup>55</sup>, en esta segunda ocasión, la misma ha quedado acreditada tras constatarse que en el asunto sometido a su consideración la aplicación del Derecho de la UE quedaba establecido por mandato de la legislación alemana.

El caso es que en Alemania el reconocimiento de los divorcios privados está sometido a un control de validez conforme al derecho sustantivo designado por la norma de conflicto alemana, determina-

<sup>55</sup> GANDÍA SELLENS critica la postura seguida por el TJUE en este asunto cuando refiere que: “El TJUE simplifica la problemática jurídica suscitada dando por hecho que el *Oberlandesgericht de Múnich* no sabe distinguir entre los distintos sectores de la disciplina del Derecho internacional privado. Así emite su pronunciamiento sin prestar atención a la explicación provista por el tribunal remitente. Las normas que determinan la ley aplicable se aplican en función de la concreta situación privada internacional o cuestión jurídica, pero no en función del tipo de proceso en el que se erige el conflicto de leyes”. M.A. GANDÍA SELLENS, “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 4, julio-diciembre 2016, pp. 1-12, pp. 11 y 12.

ción que tiene lugar conforme al RR III. No obstante, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial diciendo que el RR III solo resulta aplicable a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o por una autoridad pública o bajo el control de esta, motivo por el que el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso no estaba comprendido en su ámbito de aplicación<sup>56</sup>.

Sus fundamentos se construyeron básicamente en la coherencia entre los RR III y el RB II *bis* reclamada en el Considerando 10 RR III en torno al concepto de divorcio proporcionado por el RB II *bis* en los arts. 1.1 a) y 2.4, cuya lectura conjunta no ofrecía dudas sobre la exclusión de los divorcios privados del ámbito de aplicación material del RR III<sup>57</sup>. En consecuencia, la incorporación de los divorcios privados a dicho instrumento exigiría modificaciones que son de la competencia exclusiva del legislador comunitario, con independencia de que algunos Estados miembros hayan introducido en sus ordenamientos la posibilidad de pronunciar divorcios sin la intervención de una autoridad estatal.

Como era de esperar, la respuesta negativa del Tribunal de Luxemburgo a la primera cuestión prejudicial impidió que entrara a valorar el resto de cuestiones planteadas. Sin embargo, las Conclusiones del Abogado General abrieron una brecha interpretativa que nos permite entrar a reflexionar sobre las otras dos cuestiones planteadas por el tribunal emisor de especial interés en relación con el alcance del art. 10 *in fine* RR III y sus diferencias con el art. 12 RR III.

**29.** Para responder a la segunda cuestión el Abogado General parte delimitando los contornos en los que se mueven los arts. 10 y 12 RR III y advierte, en primer lugar, el amplio alcance del primero respecto del segundo, pues mientras el art. 10 permite la exclusión de la ley extranjera designada por los arts. 5 y 8 en su totalidad, el art. 12 RR III se refiere a una disposición aislada<sup>58</sup>. En segundo lugar, el Abogado General indica que, entretanto el art. 12 deja a discreción de los jueces nacionales la consideración del orden público, el art. 10, por su parte, permite al órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda aplicar de forma casi automática la *lex fori*, si se cumple lo allí dispuesto. Todo ello le lleva a concluir que art. 10 RR III debe ser interpretado en el sentido de que la ley del foro ha de aplicarse siempre que la ley extranjera elegida por los cónyuges o designada por el RR III, produzca una discriminación *in abstracto*, teniendo en cuenta su contenido, y no únicamente cuando esta última ley ocasione una discriminación *in concreto*<sup>59</sup>.

**30.** A la tercera cuestión planteada el Abogado General responde negativamente indicando que, si se comprueba que el cónyuge discriminado por razón de sexo prestó consentimiento al divorcio, dicho consentimiento no puede excluir la aplicación de la ley del foro en virtud del art. 10 *in fine* RR III.

**31.** Como se observa la postura seguida en este punto por el Abogado General que comparto conduce a la exclusión de plano del derecho extranjero que contenga disposiciones discriminatorias por razón de sexo. Una postura ha sido cuestionada por la profesora DIAGO DIAGO en su comentario a este asunto cuando sostiene una interpretación *in concreto* del art. 10 *in fine* RR III invocando la necesidad de analizar en cada caso si cabría el rechazo de plano del Derecho islámico aplicable. Para ello ha tenido en cuenta las distintas modalidades de divorcio admitidas para la mujer por el Derecho islámico según tuvimos ocasión de constatar *supra* en la Derecho de familia marroquí.

<sup>56</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, vol. 13, nº 1, marzo 2021, pp. 460-492.

<sup>57</sup> Respecto a otros motivos véase a M<sup>a</sup> 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, *LA LEY Unión Europea*, nº 58, abril-2018, pp. 1-11, pp. 5 y 6.

<sup>58</sup> M<sup>a</sup> P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *op. cit.*, pp. 64 y 66.

<sup>59</sup> A estas consideraciones le siguen otras que ponen de relieve los distintos puntos de vista que sobre la aplicación del art. 10 sostiene en Gobierno alemán frente a otros Gobiernos (Francia, Hungría, Portugal) y la Comisión. Alemania ha propuesto su utilización a la discriminación en el caso concreto y el resto aboga por su apreciación en abstracto. En este sentido véanse las conclusiones 72,73 y 84.

Esta doctrina fundada en los efectos negativos que en la práctica generaría una interpretación *in abstracto*, defiende que, no admitir la aplicación de la ley siria implicaría condenar a la mujer a un estatus de “mujer encadenada” y, por tanto, a que no pueda contraer nuevo matrimonio religioso, máxime cuando ella ha estado de acuerdo en la aplicación de una ley que, aún discriminatoria, le resulta beneficiosa. En estos casos, reitera, no cabe levantar formalmente la barrera del orden público ante cualquier situación discriminatoria “en nombre de la igualdad”, por lo que no sería correcto sostener la exclusión de ley designada por el RR III, si esta ley, aunque discriminatoria, admite en ciertos casos que la esposa pueda solicitar el divorcio<sup>60</sup>.

### C) Los divorcios de matrimonios igualitarios

#### a) Los arts. 13 y 1.2 b) RR III

32. Uno de los ejemplos más representativos de la falta de compromiso del legislador europeo a efectos de conseguir un resultado realmente armonizador en las normas de DIPr. se identifica en los divorcios internacionales de matrimonios igualitarios y afecta a todos los sectores de problemas del DIPr.

33. A pesar del carácter neutral de las normas del RB II *bis* en relación con el concepto de cónyuge, la Comisión reconoce en su respuesta de 12 de marzo de 2002 a *Joke Swiebel* OJ 2003/C 28 E/002, que los Estados miembros no estarán obligados a aplicar las reglas de competencia del RB II *bis*, como tampoco tendrán que reconocer las decisiones que disuelven un matrimonio del mismo sexo decretado por la autoridad de otro Estado miembro del RB II *bis*<sup>61</sup>. De modo que, el carácter restringido y excepcional del control del orden público del art. 22 a) RB II *bis* acotado en la expresión “manifiestamente” será igualmente insuficiente para evitar que de las decisiones adoptadas en los 11 Estados miembros que en la actualidad reconocen estos matrimonios claudiquen ante las autoridades de los 15 Estados restantes<sup>62</sup> que siguen sin estimar válidos estos enlaces<sup>63</sup>.

34. En relación con la ley aplicable al divorcio el art. 13 RR III expresa que:

*“Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento”.*

Coherente con esta disposición el art. 1.2 b) del RR III (Considerandos 10 y 26<sup>64</sup>) excluye del ámbito de aplicación del RR III la determinación de la previa validez de los matrimonios cuando dispone:

<sup>60</sup> M<sup>a</sup> 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”, *op. cit.*, pp. 8 y 9; Id., “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*, n° 85, octubre 2020, pp.1-10.

<sup>61</sup> M. SOTO MOYA, “Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 807-847, p. 835.

<sup>62</sup> De los 26 Estados miembros del RB II *bis* solo 11 reconocen el matrimonio igualitario, ellos son: Alemania, Austria, Bélgica, España, , Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Es resto, es decir, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría Italia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumanía, siguen sin admitir este tipo de enlace.

<sup>63</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *CDT*, vol. 5, n° 2, pp. 140-208, p.179.

<sup>64</sup> El Considerando 10 establece que, “(...) *La referencia en el art. 1, apartado 2, a las relaciones con efectos comparables al matrimonio y otras relaciones familiares deben interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado Miembro en que se somete el asunto al tribunal*”. Entretanto, el Considerando 26 dispone que, “*Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado Miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro*”.

“(…) las cuestiones prejudiciales como (…) la validez del matrimonio (…) deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate (…)”.

**35.** La exclusión de la cuestión previa de la validez del matrimonio del ámbito de aplicación material del RR III implica que tal determinación tenga lugar conforme a las normas de conflicto internas de los Estados participantes en la cooperación reforzada que le impone su propio Derecho Internacional Privado (*técnica conflictual*)<sup>65</sup>. Aunque la doctrina también se defiende en tal remisión tendría cabida el reconocimiento por referencia de tales matrimonios, esto es, el reconocimiento de situaciones jurídicas creadas válidamente en otro Estado miembro con arreglo a sus propias normas de conflicto<sup>66</sup>.

Este método que se funda en el principio de “*superación conflictual*” pues consigue que las normas de conflicto pierdan relevancia en la medida que garantiza que la ley aplicable según las normas de conflicto de un determinado Estado miembro sea considerada válida y circule por todo el territorio de la UE<sup>67</sup>. De esta forma asegura la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, incluido el estado civil<sup>68</sup>, el *ius connubii* y el *favor divorcii*, así como la supresión de limitaciones injustificadas a la libertad de circulación<sup>69</sup> y situaciones claudicantes innecesarias<sup>70</sup>.

**36.** La problemática está servida desde el momento en que los cónyuges del mismo sexo deciden ejercer su derecho de libre circulación a efectos de trabajar o simplemente residir en otro Estado miembro en los que este tipo de matrimonio no es admitido. Cada vez que esto ocurre la autoridad de dicho Estado no estará obligada a disolver este tipo de enlace a pesar de tener competencia judicial internacional para hacerlo según los criterios de competencia previstos en el art. 3 del RB II *bis* por tratarse de un matrimonio que no es válido para el ordenamiento del foro<sup>71</sup>.

El establecimiento de estas concesiones por parte del legislador comunitario esconde un mensaje contradictorio que pone sobre la mesa las tensiones entre la necesidad de garantizar el *favor divortii* y el respecto por las concepciones culturales y morales del matrimonio en dichos Estados<sup>72</sup>, sin asumir la repercusión estas regulaciones plantean en el perímetro de los Derechos de libre circulación y de no discriminación por razón del género protegido por la CDFUE y por la CEDH.

<sup>65</sup> Sobre el tratamiento conflictual de la ley aplicable a la cuestión previa de la validez del matrimonio véase L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 164-178. En igual sentido véase A. LEANDRO, “Comentario al art. 13 del Reglamento”, en P. FRANZINA (coord.), *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, pp. 1518 - 1523.

<sup>66</sup> Sobre las distintas posturas defendidas por la doctrina española en torno a esta remisión véase, L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 263 y 264.

<sup>67</sup> P. LAGARDE, “La règle de conflit applicable aux questions préalables”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, pp. 459-463.; Id., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjctures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Nápoli, 1971; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *op. cit.*, p. 253.

<sup>68</sup> Sobre la necesidad de reconocimiento del estado civil adquirido en otro Estado miembro, véase N. MARCHAL ESCALONA, “Eficacia del estatuto personal y familiar de los españoles retornados y del talento extranjero atraído a España”, en AA.VV. *Instrumentación normativa de la política de retorno de emigrantes españoles y la atracción de talento global*, pp. 3-6 (en prensa).

<sup>69</sup> M. REQUENA CASANOVA, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto *Coman y otros*”, *RDCE*, nº 62, 2019, pp. 41-79, p.52, especialmente, cita 21.

<sup>70</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 250-363; M. GUZMÁN ZAPATER, “Sobre la función del Derecho Internacional Privado y técnicas de reglamentación”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Edifer, Madrid, 2005, pp. 1626-1628. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 170-172.

<sup>71</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 145-148.

<sup>72</sup> G. PALAO MORENO, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad, en Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales”, *op. cit.*, p. 521.

## b) Impacto de las limitaciones normativas impuestas a la libertad de circulación en divorcios transfronterizos

37. Hechas estas precisiones nos preguntamos ahora hasta qué punto las normas de DIPr. arbitradas por el legislador comunitario en materia de divorcio pueden llegar a interesar la política de la UE expresada en distintas acciones en las que incentiva el reconocimiento mutuo de los matrimonios del mismo sexo a efectos de evitar situaciones claudicantes y su enclave el Derecho supraestatal de libre circulación de las personas reconocido en el art. 21 del TFUE.

38. La libertad de circulación es un derecho privativo del ciudadano europeo y de algunos familiares a título derivativo<sup>73</sup> que es preciso garantizar dentro de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, sin que se vea mermado por obstáculos jurídicos.

Al respecto el art. 26 el TCUE, dispone que:

*“(...) la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas (...)”.*

El estatuto de ciudadano europeo es entendido como una cuestión inherente a la condición de nacional que cada Estado miembro reconoce a sus súbditos sin llegar a sustituirla (art. 20.1)<sup>74</sup>. Y la consecuencia lógica de esta dualidad presupone que tal condición, que es complementaria e inseparable de la ciudadanía nacional, no se pueda desligar del reconocimiento de otros derechos y libertades fundamentales atribuidos por el propio TFUE a los ciudadanos de la Unión, tales como, la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros [art. 20. 2, inciso a)]<sup>75</sup>, incluso si la persona no desempeñara allí ninguna actividad económica<sup>76</sup>. Todo ello tolera la consideración tanto de las discriminaciones directas al ciudadano europeo (fundadas en la nacionalidad, sexo, religión, raza, y otras) como aquellos criterios diferenciadores que impliquen una limitación no fundada en la nacionalidad, también conocida como discriminación indirecta<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Con arreglo a la 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 (DO L 158, de 30 de abril de 2004)), los derechos de ciertos familiares de un ciudadano comunitario nacionales de terceros Estados son equiparados, siempre que el nacional comunitario ejercite el derecho de libre circulación o cuando el familiar nacional de un tercer Estado pretenda reunirse con él. Entre estos familiares se encuentra el cónyuge del nacional europeo. G. MORENO CORDERO, “La nacionalidad y el ejercicio de una profesión regulada en la Unión Europea”, en M. MOYA ESCUDERO (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 291-328, pp. 296 y 297. Sobre la igualdad de trato dispensada por el Derecho europeo a nacionales de terceros Estados véase desde otra perspectiva, C. RUIZ SUTIL, “La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *LA LEY Unión Europea*, nº 83, julio-2020, pp.1-29, pp. 5-7.

<sup>74</sup> “(...) la idea de base es crear vínculos sólidos entre los pueblos de los Estados miembros, generando en ellos la conciencia de pertenecer a un espacio común-, resulta lógico que la ciudadanía de la Unión se concibiera como superpuesta, complementaria e inseparable de la ciudadanía nacional”. E. PÉREZ VERA, “Ciudadanía y nacionalidad de los Estados Miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27, julio-diciembre 2014 y nº 28, enero-junio 2015, pp. 215-230, pp. 215 y 216; Id. “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, en *Hacia un Nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1123-1148; Id. “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Los derechos humanos”, en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR y E. ROCA ROCA (coords.), *Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, p. 843; A. Rubio Castro y M. MOYA ESCUDERO, “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 105-153, pp.148-153; S. CARRERA NÚÑEZ y G. MARRERO GONZÁLEZ, “La ciudadanía europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la Unión?”, *RDCE*, nº 49, septiembre-diciembre 2014, pp. 847-885, p. 849.

<sup>75</sup> A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Binacionalidad en el ordenamiento español y su repercusión en la Unión Europea”, en J. M. Díaz Fraile (coord.), *Estudios de Derecho europeo privado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pp. 27-119, pp. 58 y 59.

<sup>76</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, pp. 81-116.

<sup>77</sup> S. CORNELOUP, “Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité”, *JDI Clunet*, 2011, pp. 491-516; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

**39.** Al respecto la jurisprudencia constante del TJUE ha proclamado en distintas sentencias y respecto de reclamaciones de naturaleza diversa que el estatuto de ciudadano europeo implica la prohibición de todas aquellas disposiciones nacionales que conlleven la privación de los derechos reconocidos a estos nacionales por el Derecho originario y derivado de la UE<sup>78</sup>. Se consolida de esta forma un concepto de ciudadanía respecto del que cabe oponer todo género de medidas que directa o indirectamente impliquen una restricción a la libertad de circulación, salvo que se trate de restricciones impuestas por el Derecho nacional justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que e no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo<sup>79</sup>, en cuyo caso, no cabría oponer este Derecho supranacional (test de compatibilidad)<sup>80</sup>.

**40.** Uno de los principales obstáculos derivados de los reglamentos comunitarios en materia de divorcio es la ausencia de una definición autónoma del matrimonio, tan importante a la hora de configurar un criterio unitario de cónyuge a efectos de su disolución. Esta ausencia unida a la limitación que introducen los arts. 1.2 b) y 13 RR III, como ya se ha apuntado, conduce inexorablemente a que la respuesta jurídica a estas y otras situaciones vinculadas al estatuto personal con repercusión transfronteriza en las que no existe una regulación uniforme a nivel institucional, se hagan descansar en las soluciones internas que cada Estado miembro ofrece a la cuestión de previa validez del matrimonio, soluciones que tampoco siguen criterios unívocos en los distintos ordenamientos al quedar excluida esta cuestión del ámbito de aplicación material del RR III. Lo que sí parece claro es que sea cual fuere el método que se adopte a la hora de determinar la validez de estos matrimonios este tendrá que ser concordante con los derechos reconocidos en el TFUE, la CDFUE y en la CEDH<sup>81</sup>.

**41.** El método de reconocimiento por referencia fue utilizado por el TJUE en el conocido asunto *García Avello* en un conflicto de leyes que afectaba al nombre y los apellidos con la finalidad de resguardar el derecho del ciudadano europeo a circular libremente por el territorio de la UE<sup>82</sup>. Mismo fundamento que late en muchas otras sentencias del Alto Tribunal dentro y fuera del estatuto personal<sup>83</sup>.

**42.** En paralelo el TJUE viene desempeñando una señalada labor en la construcción del concepto de cónyuge que han servido para articular de algunos criterios moduladores de la potestad discrecional estatal en supuestos de discriminación por razón del sexo<sup>84</sup>, pronunciamientos que tarde o temprano van a repercutir en las futuras soluciones contemple el legislador comunitario en el ámbito de la familia.

**43.** En la configuración del concepto de cónyuge la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (*As. C-673/16, Coman y otros*) ha supuesto un importante hito que ha reactivado el debate en torno al re-

<sup>78</sup> M. SOTO MOYA, "El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, n.º. 40, segundo semestre-2018, pp. 453-481, pp. 469-476.

<sup>79</sup> A. G. CHUECA SANCHO, "La libertad de circulación de trabajadores en el EEE", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 35, 2014, pp. 83-111.

<sup>80</sup> Aunque cierta doctrina cuestiona este criterio entendiendo que su aplicación exige comprobar si el resultado al que conduce el reconocimiento solicitado puede ser tolerado por el ordenamiento foro, y lo cierto es que en ningún Estado miembro de la UE la homosexualidad se está prohibida. M. SOTO MOYA, "Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España", *op. cit.*, p. 845.846; M. REQUEJO ISIDRO, "Derecho internacional privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual", en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIPr., Madrid, 2003, pp.243-251.

<sup>81</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "La cuestión previa de la "existencia de matrimonio" en el proceso de divorcio con elemento extranjero", *op. cit.*, p. 144.

<sup>82</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJUE, asuntos K.B. y García Avello)", *RDCE*, n.º 18, mayo-agosto 2004, pp. 507-529.

<sup>83</sup> STJCE 30 marzo 1993 (*As. C-168/91, Konstantinidis*); SSTJUE 2 octubre 2003 (*As. C-148/02, García Avello*); de 14 octubre 2008 (*As. C-353/06, Grunkin-Paul*); de 22 diciembre 2010 (*As. C-208/09, Wittgenstein*); de 12 mayo 2011 (*As. C-391/09, Vardyn*).

<sup>84</sup> Sobre esta evolución véase, M. SOTO MOYA, "Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España", *op. cit.*, pp. 812-824.

conocimiento de los derechos de los cónyuges del mismo sexo en el marco de la libre circulación, dando un paso más en este proceso evolutivo. Los hechos que dieron fundamento a esta decisión derivaron de la negativa de la autoridad rumana a otorgar la residencia en dicho país por más de tres<sup>85</sup> a un nacional norteamericano casado en Bélgica con nacional rumano que no fue considerado “cónyuge” para dicha autoridad a estos efectos porque en Rumanía estos matrimonios carecen de validez.

En este asunto el Alto Tribunal hace una interpretación autónoma del término “cónyuge” recogido en el art. 2.2 a) de la Directiva 2004/38/CE<sup>86</sup> 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, sosteniendo su neutralidad en cuanto al género<sup>87</sup>. Y responde al tribunal rumano recordándole que, aunque el estado civil de las personas sigue siendo un ámbito reservado a los Estados miembros a la hora de decidir quién y a la luz de qué exigencias se puede celebrar un matrimonio dentro de su soberanía, dicha autoridad está asimismo obligada a respetar el Derecho de la UE, en especial, las disposiciones relativas a la libertad de circulación y de residencia reconocida en el territorio de los Estados miembros<sup>88</sup>. No obstante, al tiempo que el Tribunal de Justicia hace esta afirmación aclara que ello no implica el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo ni de sus efectos civiles en los Estados miembros en los que estos matrimonios no sean admitidos. De esta forma asume una interpretación estricta del concepto de cónyuge, lo que, en nuestra opinión, resulta razonable al no estar facultado para elaborar conceptos más allá de los límites impuestos por los asuntos sometidos a su jurisdicción.

**44.** Ahora bien, sabido es que las limitaciones a la libertad de circulación no se reducen a los derechos consagrados en la Directiva 2004/38/CE. Qué duda cabe sobre la configuración de esta limitación en los casos en que un matrimonio del mismo sexo celebrado entre sujetos protegidos por el Derecho de la UE -en calidad de titular originario o derivativo- vean coartada su movilidad transfronteriza, porque son concedores de los obstáculos que tendrán que sortear en todos aquellos Estados miembros en los que su matrimonio no sea considerado válido, que hoy son más de la mitad (15 concretamente). Y ello, no solo en relación con los derechos que sí les reconoce el Estado de su residencia habitual en calidad de cónyuges<sup>89</sup> (prestaciones sociales, en materia de empleo, ventajas fiscales, pensiones de viudedad<sup>90</sup>, etc...), sino también frente a eventuales acciones de divorcio que los cónyuges pretendan ejercitar ante las autoridades de dichos Estados.

**45.** Según hemos expresado antes, debido al influjo de los arts. 13 y 1.2 b) RR III estas acciones no serán resueltas en aquellos Estados miembros en los dichos matrimonios no son considerados válidos, lo que no solo configura un supuesto discriminatorio (orden público sustantivo), sino también la denegación de acceso a la justicia y, por consiguiente, una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en los arts. 21.1 y 47 CDFUE (orden público procesal).

<sup>85</sup> Derecho a reunirse con su esposo, titular originario del Derecho de libre circulación (nacional rumano), reconocido en la Directiva 2004/38. La finalidad de este reconocimiento es garantizar el Derecho a la vida familiar reconocido en la CDFUE, en calidad de titular derivativo, al tratarse de un nacional de un tercer Estado.

<sup>86</sup> De hecho, la Comisión declinó una propuesta de enmienda en relación concepto de cónyuge presentada por el Parlamento Europeo a la actual Directiva 2004/38/CE, con apoyo en el derecho de libre con la finalidad marginar la condición sexual. Entre las fundamentaciones de la Comisión estaba que solo dos Estados miembros habían reconocido en ese momento estos matrimonios.

<sup>87</sup> DO L 158, de 30 de abril de 2004.

<sup>88</sup> S. ROMBOLI, “The conflict between national identity and the european union law in the coman case: the court of justice adds another key piece for the protection of homosexual couples against discrimination”, *ReDCE*, nº 33, enero-junio 2020, pp. 1-23, p. 12 ; A. SPERTI, “Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza”, *Studium Iuris*, nº 10, 2018, pp. 1155-1164; F. BATTAGLIA, “La definizione di ‘coniuge’ ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, pp. 301-321 p. 318.

<sup>89</sup> M. BONINI-BARALDI, “EU family policies between domestic “good old values” and fundamental rights: the case of same-sex families”, *Maastricht Journal of International Law*, nº 4, 2008, pp. 517-551, p. 549.

<sup>90</sup> STJUE de 7 de enero de 2004 (*As. C-117/01, K.B. vs. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*). Sobre esta sentencia véase I. CANOR, “Nota a la STJUE de 7 de enero de 2004”, *CMLR*, 2004, pp. 1113-1125.

Tampoco los cónyuges podrán acreditar su condición de divorciado ante tales autoridades debido a que la sentencia de divorcio dictada en el Estado miembro de su residencia no será homologada en el Estado miembro hacia el que pretenden desplazarse por constituir un ataque a sus bases fundamentales, lo que también contraviene *ius connubii* y la estabilidad en el estado civil de las personas, provocando una injustificada una situación general de inseguridad jurídica para los cónyuges.

46. Delimitada es idea, es igualmente importante señalar que la libre circulación no solo debe propulsar la europeización de las soluciones de DIPr. de los Estados miembros con la finalidad de derribar cualquier obstáculo que impida su pleno ejercicio. Implica, además y, sobre todo, acompañar aquellas soluciones ya establecidas por el legislador comunitario cuando estas no respondan adecuadamente a los valores y principios supranacionales que representa. Como es natural, adoptar esta postura implica abandonar la actitud conservadora en la que se encuentra anclado el poder legislativo europeo en un ámbito tan necesitado de soluciones efectivas como el de la familia. Un comportamiento que sería más coherente que trasladar un mensaje contradictorio a los Estados miembros sobre el carácter hegemónico y privilegiado de las normas europeas frente a las estatales, alterando indirectamente este orden.

47. En la parte introductora a este epígrafe indicamos que los obstáculos al derecho fundamental de libre circulación reconocido a los nacionales europeos y a ciertos nacionales de terceros Estados en distintas directivas europeas, constituye una discriminación indirecta, pero al margen de este reconocimiento no hay que olvidar que en el ámbito intra europeo también se protegen las discriminaciones directas basadas en la nacionalidad, raza, religión y sexo.

Lo que quiero significar con este paralelismo (libre circulación y orden público) es que, además de existir la necesidad de eliminar los obstáculos normativos actualmente existentes en el matrimonio en torno al género en los distintos Estados miembros en base a la libertad de circulación, tal erradicación también se encuentra ampliamente justificada en el derecho de no discriminación directa por razón de sexo reconocido en el art. 21 de la CDFUE y en el art. 14 del CEDH. Las tensiones que se pueden plantear entre las soluciones materiales y de DIPr. de los Estados miembros y las normas europeas deben resolverse siempre a favor del Derecho de la UE (principio de primacía del Derecho europeo)<sup>91</sup>.

48. El orden público, como excepción que es, presenta un carácter restrictivo que únicamente podrá ser esgrimido cuando exista una amenaza real y manifiesta que afecte gravemente los principios y valores fundamentales del foro no en cuanto a su contenido sino en sus resultados<sup>92</sup>. Consecuencia difícilmente sustentable cuando el simple cruce de fronteras frustra la efectividad de un reconocimiento que ha sido el resultado de un proceso evolutivo que ha permitido integrar valores universales que eliminan las desigualdades.

El reconocimiento del matrimonio del mismo sexo como cuestión *sine qua non* para dictaminar su posterior disolución no compromete las bases fundamentales del ordenamiento del foro que haya institucionalizado la concepción heterosexual matrimonio. En ningún caso la defensa de los valores de la familia tradicional (matrimonio entre personas de distinto sexo) se pueden erigir en un motivo de peso para denegar los derechos del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin que se vea comprometido en derecho fundamental de no discriminación. Así lo ha hecho patente en reiteradas ocasiones el TEDH, espíritu del que se ha nutrido asimismo la jurisprudencia del TJUE<sup>93</sup> como así se ha visto reflejada en la propia sentencia *Coman y otros*<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman, *La Ley*, nº 56, 2018, pp. 1-6, p. 4.

<sup>92</sup> J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 339-341.

<sup>93</sup> SSTJUE de 1 de abril de 2008 (As. C-267/0610, *Maruko*); de mayo de 2011 (As. C-147/08, *Romer*) y de 24 de noviembre de 2016 (As. C-443/15, *Parris*).

<sup>94</sup> En esta sentencia el tratamiento de la discriminación por razón del sexto cobra especial relevancia en la en las Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, del mismo modo que años antes lo hizo el Abogado general N. Jaaskinen en las Conclusiones presentadas en la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2011, (As. C-147/08, *Romer*).

En esta dirección apunta SALERNO que la referencia a la ley extranjera también implica una retirada de las funciones soberanas del Estado del foro y la entrada de normas internacionales de la UE, configurándose así una interpretación evolutiva de los principios constitucionales del ordenamiento estatal.

La entrada de valores extraños facilita la incorporación gradual de nuevos parámetros constitucionales que inciden decisivamente en situaciones internas, al tiempo que obliga al legislador estatal a modificar su ley material en aras de la plena realización del principio de igualdad<sup>95</sup>.

Sin embargo, en el ámbito de integración europea no se requiere siquiera que este cambio opere, aunque sería lo deseable, básicamente porque los derechos, principios y libertades reconocidos en la CDFUE tienen carácter vinculante para los Estados miembros y para las instituciones comunitarias a la hora de adoptar y aplicar Derecho comunitario. Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta deben ser igualmente respetados en las políticas desarrolladas por la UE representadas a través de sus instituciones. Como importante es también el papel que juega la CEDH en relación con las obligaciones de los Estados miembros dentro del espacio de integración europea<sup>96</sup>.

### III. Conclusiones

**49.** A lo largo de este trabajo hemos tenido ocasión identificar distintos factores que comprometen la buena marcha del mercado interior concretados en la libertad de circulación y en el derecho de no discriminación por razón de sexo.

En torno a esta problemática intervienen distintos factores: a) las grandes diferencias existentes en los modelos de regulación divorcio en el derecho comparado; b) la distinta concepción del matrimonio que dichos ordenamientos sostienen; c) las limitaciones impuestas por el legislador europeo en las normas de DIPr. en el ámbito del divorcio; y d) la cuestionable postura seguida por las autoridades estatales en torno a la función que deben asumir dentro del espacio europeo a la hora de responder a los divorcios transfronterizos de matrimonios igualitarios.

**50.** En relación con las diferencias materiales en la concepción del divorcio el legislador comunitario ha habilitado soluciones encaminadas a respetar la identidad los derechos estatales que impiden cuestionar las meras diferencias normativas en la regulación del divorcio, lo que resulta saludable. Sin embargo, no es menos cierto que muchas de estas diferencias pueden llegar a bloquear el efecto útil del *favor divorcii* y de *ius connubii*, así como limitar la libertad personal. Los obstáculos impuestos en determinadas normas divorcistas tienen la clara intención de evitar la ruptura del vínculo oponiendo restricciones legales que impidan alcanzarlo con relativa inmediatez. Una forma no intrusiva de reducir este impacto se podría conseguir diseñando una norma de conflicto materialmente orientada a la aplicación de la ley del foro cuando esta contenga soluciones materiales más favorables, como así ocurre en el Derecho español.

**51.** Uno de los puntos negros menos sostenible en el marco judicial europeo es la falta de compromiso de nuestro legislador con el modelo de familia homoparental, mostrando absoluto desprecio por la integración de soluciones compatibles con el derecho de no discriminación por razón de sexo.

Es cierto que el impacto de estas regulaciones ha disminuido sustancialmente si lo ponemos en relación con la situación existente en el momento en el que se adoptaron cada uno de estos reglamentos (RB II bis y RR III), pero el número de Estados que a día de hoy no admiten los matrimonios del mismo sexo sigue siendo mayor, en concreto, 15 de un total de 26 Estados miembros del RB II bis. Por tanto, 15 estos Estados miembros seguirán resistiéndose a homologar las resoluciones de divorcio de matrimonios

<sup>95</sup> F. SALERNO, "Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (ce) n. 44/2001, CDT, vol. 2, n° 1, marzo 2010, pp. 5-24, pp. 18-20.

<sup>96</sup> S. CARRERA y F. GEYER, "El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 29, enero-abril 2008, pp. 133-162, pp. 143 y 144; E. GUILD, "The Variable Subject of the EU Constitution, Civil Liberties and Human Rights", *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, n° 4, 2004, pp. 381-394.

celebrados entre personas con identidad provenientes de los 11 Estados restantes que sí los reconocen, puesto que su orden público internacional va a quedar estrechado a su visión interna y no supranacional.

A ello se suma que de los 11 Estados miembros del RB II *bis* que admiten estos matrimonios, 4 de ellos no participan de la cooperación reforzada del RR III, de modo que 9 de los 17 Estados miembros del RR III, es decir, más de la mitad, tampoco se verán obligados a declararse competentes para decretar estos divorcios y no porque a ello se oponga el RB II *bis*, sino porque el art. 13 RR III no les obliga a decretar el divorcio si para dichas autoridades estos matrimonios carecen de validez. No se puede obviar el efecto implícito de estas regulaciones en los sectores de competencia judicial internacional e incluso en el de reconocimiento, pese a la neutralidad del RB II *bis*.

**52.** A la resolución de esta problemática contribuiría decididamente y sin mayores dificultades un concepto europeo de cónyuge, aunque no parece que el legislador europeo esté por la labor de superar este escollo admitiendo conceptos autónomos en el ámbito de la familia, ámbito todavía reservado al coto privado de cada Estado miembro.

**53.** Por su parte, la doctrina del TJUE, que es una fuente inagotable de la que se nutre el Derecho europeo, que ha servido para impulsar importantes modificaciones en las normas de producción intra europeas, así como para superar las lagunas existentes entre ordenamientos estatales y entre éstos y el Derecho de la UE, tampoco cuenta de momento con pronunciamientos específicos en el ámbito del divorcio que ayuden a superar el déficit detectado en el sentido de una concepción unitaria de “cónyuge”.

La sentencia *Coman*, es indudable, ha supuesto un importante salto en la eliminación de las desigualdades fundadas en el sexo que ha servido para dejar sentado el carácter neutral desde el punto de vista del género del concepto de “cónyuge”; pero su lectura tiene una aplicación limitada al art. 2.2 a) de la Directiva 2004/36 /UE y solo a efectos de la obtención de una residencia a título derivativo en el marco de la libertad de circulación. En consecuencia, la competencia estatal sobre la consideración del matrimonio quedaría intacta -como así acuñó el propio Tribunal-, salvo en lo relativo a la libre circulación de los rumanos en el marco de la mentada Directiva. De ahí que sus pronunciamientos tampoco serían traspolables a situaciones como la que ahora nos ocupa, y motivo por el que las garantías sobre tales desigualdades se tendrán que seguir construyendo lenta y progresivamente por el TJUE a través de correctivos puntuales que solo se circunscriben a su esfera de actuación.

**54.** Ante la ausencia de una respuesta solvente en las normas de DIPr. la vía más accesible para replicar a esta cuestión encuentra su cauce en el reconocimiento por referencia. Mediante esta técnica será posible dictaminar el divorcio de un matrimonio igualitario matrimonio, a partir de la presunción de validez de todos los requisitos de forma y de fondo (capacidad y consentimiento) exigidos por el Derecho aplicable al matrimonio cuyo divorcio se interese.

**55.** Por último, y al margen de los recursos de los que hoy disponemos para dar respuesta a las limitaciones instauradas por las normas de DIPr. en este ámbito, es preciso insistir asimismo en la función que están llamadas a asumir las autoridades estatales dentro del escenario europeo y el propio legislador institucional.

Cuando un tribunal de un Estado miembro de la UE interviene en algún proceso con elemento extranjero, sea un divorcio o cualquier otro, asume la responsabilidad de intervenir como garante del Derecho de la Unión, un derecho que deber aplicar e interpretar con arreglo los principios informadores operativos en este ámbito. Ello explica por qué no se puede justificar que en el orden público internacional estatal el rechazo de decisiones de divorcios de matrimonios igualitarios dictaminadas por los Estados miembros, así como tampoco que una autoridad con competencia no resuelva sobre el fondo de estos divorcios porque sus principios y valores domésticos que lo impidan. En situaciones transfronterizas el orden público internacional de cada Estado miembro debe ser entendido dentro de los límites fijados por el Derecho de la UE. Estos límites están contenidos en el TFUE, en la CDFUE y en la CEDH y siempre primarán sobre cualquier disposición interna que lo contradiga.

Tampoco se justifica la postura conservadora legislador comunitario frente a las desigualdades por motivos de sexo institucionalizadas por ciertos Estados miembros, postura que resulta contraria a los intereses que está llamado a proteger. El legislador europeo es consciente que el Derecho que emana de las instituciones de la UE también es fruto de la integración de principios y valores protegidos por el Derecho de la UE - entre los que se encuentra la libre circulación y la no discriminación por razón de sexo-, normas que implícitamente deben advertir a los Estados miembros sobre la responsabilidad que asumen desde el momento que deciden integrarse a un espacio supranacional.

# LA EQUIDAD COMO VALOR DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO Y SU APLICACIÓN EN ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS DE DERECHO DE FAMILIA\*

## EQUITY AS A VALUE OF EUROPEAN PUBLIC POLICY AND ITS APPLICATION IN CROSS-BORDER MATTERS OF FAMILY LAW

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional privado  
Universidad San Jorge*

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ

*Profesora de Derecho Civil  
Universidad Isabel I de Castilla*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 09.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6315>

**Resumen:** La creación de un orden público verdaderamente internacional es una aspiración que viene del siglo XIX. Ahora recibe un impulso muy relevante gracias al TEDH. Tanto el TEDH como el TJUE se han visto en la necesidad de reanalizar y unificar determinados conceptos propios del Derecho de familia a la hora de aplicar el CEDH y el Derecho de la Unión Europea, respectivamente. Esta situación ha venido motivada por la aparición, en el ámbito europeo, de unos nuevos modelos de familia, que, junto con otras instituciones, o bien resultan desconocidos en los ordenamientos jurídicos europeos, o bien sus efectos se regulan de forma diferente en esos órdenes legales desde los que, al menos en el plano fáctico, han sido importados. Todo lo cual, como se verá en este trabajo, nos permite sostener que la equidad actúa como un valor del orden público europeo, cuya aplicación ponderada se aprecia en las resoluciones de los tribunales europeos sobre asuntos transfronterizos de Derecho de familia.

**Palabras clave:** orden público internacional, Derecho de familia, equidad, TEDH, TJUE.

**Abstract:** The creation of a truly international public policy is an aspiration dating from the 19th century. Currently receives a very relevant boost thanks to the European Court of Human Rights. Both the European Court of Human Rights and the European Court of Justice have had to review and unify concepts specific to Family Law when implementing the European Convention on Human Rights and European Union Law, respectively. This situation has been motivated by the emergence, at the European level, of new family models, which, together with other institutions, are unknown in European Legal Systems, or its effects are regulated differently in those legal orders from which, at least at the factual

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo.

level, have been imported. All of which, as will be seen in this paper, allows us to maintain that equity acts as a value of the European public policy, whose pondered application is reflected in the decisions of the European Courts about cross-border matters of Family Law.

**Keywords:** international public policy, Family Law, equity, European Court of Human Rights, European Court of Justice.

**Sumario:** I. Estado de la cuestión. II. Consideraciones generales sobre la institución del orden público internacional. 1. Notas configuradoras del concepto de orden público internacional. 2. Orden público internacional y Derecho de la Unión Europea: su conexión con los derechos a la ciudadanía europea y a la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión. 3. Convenio Europeo de Derechos Humanos y orden público internacional. III. Concepto de equidad: alcance y funciones. IV. Análisis de la jurisprudencia más emblemática dictada en el ámbito europeo. 1. Análisis de la jurisprudencia del TJUE. 2. Análisis de la jurisprudencia del TEDH. V. Recapitulación conclusiva.

## I. Estado de la cuestión

1. La creación de un orden público verdaderamente internacional (común a varios Estados) es una aspiración que viene del siglo XIX. Ahora recibe un impulso muy relevante gracias al TEDH. En los últimos tiempos, tanto el TEDH como el TJUE se han visto en la necesidad de reanalizar y unificar determinados conceptos propios del Derecho de familia a la hora de aplicar, en el primer caso, el CEDH y, en el segundo, el Derecho de la Unión Europea. Esta situación ha venido motivada por la aparición, en el ámbito europeo, de unos nuevos modelos de familia (matrimonio entre personas del mismo sexo, relaciones de pareja estables, filiación por gestación por sustitución, etc.), que, junto con otras instituciones, o bien resultan desconocidos en los ordenamientos jurídicos europeos, o bien sus efectos se regulan de forma diferente en esos órdenes legales desde los que, al menos en el plano fáctico, han sido importados (*kafala*, adopción simple, adopción de mayores de edad, etc.).

2. Pero muy en particular se plantean problemas relacionados con el respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE) y el derecho a la libre circulación y residencia (art. 21 TFUE y art. 45 CDFUE). Para la aplicación de estos preceptos al caso concreto, ha sido necesario matizar, entre otros, conceptos tales como “cónyuge”, “vínculo de filiación”, “vida familiar”, “descendiente directo”, “familiares y asimilados”, en función del contexto y objetivos que se pretende alcanzar con las normas en las que se integran. Esto ha dado lugar a definiciones autónomas, independientes de las previstas en los ordenamientos de los Estados. El objetivo de esta operación de exégesis consiste, en la mayor parte de los casos, en garantizar la continuidad de las relaciones familiares en supuestos transfronterizos, frente a las limitaciones o restricciones establecidas por los poderes públicos de cada Estado.

3. En este sentido, respecto del art. 8 CEDH, es doctrina consolidada del TEDH que, a pesar de que los Estados disponen de un cierto margen de apreciación para verificar que no se ha producido una intromisión arbitraria, habrá que determinar si se ha alcanzado el justo equilibrio entre los intereses de un sujeto en particular y los de la sociedad en su conjunto. Para ello, el citado Tribunal ha precisado una serie de valores que pueden operar como límite a la excepción de orden público internacional, orientando y matizando la aplicación de esta excepción por los Tribunales de los Estados contratantes de la Convención.

4. Por su parte, el TJUE ha interpretado principios como el de no discriminación por razón de la nacionalidad, al mismo tiempo que ha completado el concepto de ciudadanía europea y los derechos que derivan de tales circunstancias, que se encuentran recogidos en diferentes Reglamentos y Directivas. Todo ello con el objeto de favorecer la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea

y asimilados, evitando el establecimiento de límites que, por ser poco ponderados, pudieran terminar comportando un obstáculo al ejercicio de dicha libertad. Todo ello, tomando en consideración también la existencia de un derecho a la vida privada y familiar, que, estando garantizado en la CDFUE y en el CEDH, podría verse afectado por posibles restricciones injustificadas al ejercicio de la mencionada libertad de circulación. Más aún cuando el Tribunal en cuestión, en determinados supuestos, ha constatado graves deficiencias con respecto a la salvaguarda del principio de igualdad y con la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea en todos los Estados miembros.

5. A la vista de las anteriores consideraciones, el presente trabajo abordará el análisis de la jurisprudencia más relevante del TEDH y del TJUE, desde la perspectiva del Derecho de familia, con una doble finalidad:

- 1ª) Identificar y analizar la interpretación autónoma que han otorgado ambos tribunales a algunos conceptos tradicionales propios de las relaciones familiares, con el fin de inferir los principios, derechos y valores que han de ponderarse a la hora de reconocer o dar efectos a una situación transfronteriza de Derecho de familia.
- 2ª) Dilucidar si tales principios o valores, tal y como son aplicados por los mencionados tribunales, son susceptibles de conformar un orden público internacional familiar europeo, que opere como excepción frente a las resoluciones de los poderes públicos de los Estados miembros.

6. Y para su desarrollo formulamos los siguientes interrogantes: ¿Existe un Orden Público Internacional Europeo? De existir, ¿se impondría este frente a las reglas del Derecho Internacional privado y a los conceptos de Derecho sustantivo de cada Estado? ¿Subyace al Orden Público Internacional Europeo el valor de la equidad convirtiéndolo en una suerte de orden público internacional atenuado, que, en función de cada caso concreto, deba conciliar realidades jurídicas dispares en orden a alcanzar una solución de justicia material?

## II. Consideraciones generales sobre la institución del orden público internacional

### 1. Notas configuradoras del concepto de orden público internacional

7. En primer término, parece oportuno destacar algunas consideraciones básicas que intervienen en la configuración del concepto de orden público internacional. En este sentido, deben señalarse los siguientes extremos:

- 1º) El orden público internacional lo integran todos aquellos principios generales vigentes en un concreto sistema jurídico en el momento actual. Destaca aquí su carácter particular e individualizado, en tanto que es propio de cada Estado y difiere de un Estado a otro<sup>1</sup>.
- 2º) En lo que respecta al ámbito europeo, el orden público internacional procede de diferentes fuentes: el Derecho de la Unión Europea y las normas de protección de los derechos humanos incorporadas en convenios internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH). En este punto, hay que dejar bien sentada la distinción entre los principios básicos del Derecho de la Unión Europea, cuya interpretación corresponde al TJUE, y los valores que derivan del CEDH, cuya exégesis la lleva a cabo el TEDH.
- 3º) Opera a modo de excepción. De acuerdo con ello, ante una situación privada internacional, quedará descartada la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto del foro cuando resulte contrario a los principios fundamentales de dicho país. En su

<sup>1</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Decimoctava Edición, Granada, Madrid, 2018, p. 340.

lugar, se aplicará, por tanto, la ley del foro. El ordenamiento jurídico español contempla la excepción de orden público internacional en el art. 12.3 Cc., si bien también se encuentra recogida en diferentes instrumentos legales de la Unión Europea<sup>2</sup> o Convenios internacionales, como es el caso de algunos instrumentos legales procedentes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado<sup>3</sup>. Aquí cabría hacer una puntualización: por ley del foro hay que entender la ley del Estado cuyos tribunales están conociendo del asunto y, en consecuencia, no cabe hablar de *lex fori* en relación con el Derecho de la Unión Europea; más aún, teniendo en cuenta que en la materia que nos ocupa, que no es otra que la de las relaciones de familia transfronterizas, si bien disponemos de algunos instrumentos que distribuyen la competencia judicial internacional entre los Estados miembros, y de algunas normas de conflicto uniformes, lo cierto es que el Derecho de la Unión Europea no ha establecido normas de Derecho sustantivo comunes a los Estados miembros que regulen conceptos tales como “divorcio”, “matrimonio”, “relación de filiación”, etc.

- 4º) La función de la excepción del orden público internacional es proteger la “cohesión moral y jurídica”, junto con la “identidad cultural” de la sociedad de un país o territorio, y la defensa de la “paz social”<sup>4</sup>.
- 5º) La aplicación de la excepción tiene carácter restrictivo. Debido a ello, no caben respuestas generalizadas y abstractas, sino que habrá que estar al caso concreto. De ahí que se abogue por dejar de lado la rigidez, en favor de la flexibilización de la excepción de orden público, con la finalidad de encontrar soluciones materialmente justas para una institución y respecto de un supuesto específico<sup>5</sup>.
- 6º) Enlazando con lo anterior, surge la tesis del “orden público internacional atenuado”, en cuya virtud no cabe aplicar la cláusula de orden público internacional de forma plena —es decir, excluyendo la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto y aplicando en su lugar el Derecho del foro— cuando la situación privada internacional se haya creado válidamente en el extranjero y con arreglo a dicho ordenamiento jurídico extranjero y siempre que sus efectos no resulten manifiestamente contrarios a los principios y valores esenciales de la sociedad cuyos tribunales conocen del asunto. Se trataría, entonces, no tanto de reconocer la situación en sí misma, sino tan solo determinados “efectos jurídicos periféricos” que traen causa de esa relación<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Todos los Reglamentos de la UE recogen cláusulas de orden público internacional como excepción a la aplicación de una ley extranjera manifiestamente contraria a los principios fundamentales del Estado miembro del foro. Como ejemplo, cabe citar el art. 20 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008) o el art. 12 del Reglamento (UE) No 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE núm. 343, de 29 de diciembre de 2010).

<sup>3</sup> La noción de orden público internacional presente en los Convenios de la Conferencia de La Haya es de interpretación restrictiva, toda vez que entra en juego únicamente en el caso de contrariedad manifiesta con los valores fundamentales del foro. A modo de muestra, se menciona el art. 22 del 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, contempla una cláusula de orden público internacional (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010), o el art. 24 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

<sup>4</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 328 y ss. Siguiendo a estos autores, en este punto, hay que distinguir el orden público internacional del orden público interno o de las normas imperativas, de aplicación necesaria o de policía. Véase *Op. cit.*, pp. 333 y 334.

<sup>5</sup> Así lo entiende Alegría Borrás cuando sostiene que “[l]a integración en la sociedad del Estado de recepción no puede suponer la pérdida de valores culturales tradicionales y, por tanto, se trata de encontrar soluciones para las distintas instituciones”. Vid. A. BORRÁS, “Europa multicultural. El caso de España. Introducción”, en A. BORRÁS Y S. MERNISSI, *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, Icaria & Antrazyt, 1998, p. 159. Ténganse en cuenta aquí, que lo que vulnera el orden público internacional es el resultado de la aplicación del Derecho extranjero en el caso concreto, en lugar de su contenido en abstracto. Además, el orden público internacional no se ve infringido por el solo dato de que una institución extranjera no se encuentre regulada en el Derecho del foro, ni tampoco porque su ordenación sea diferente. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, pp. 122-123.

<sup>6</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema V: Derecho aplicable (II). Orden público internacional”, en

- 7º) En los últimos tiempos, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha venido defendiendo lo que se conoce como el “orden público internacional de proximidad”. Esta figura requiere que el supuesto de hecho en cuestión presente una mínima conexión con el Estado del foro, de modo que si la situación se encuentra alejada del mismo, la excepción del orden público internacional no debería operar. Ello, por cuanto la sociedad de dicho país no resulta afectada por la aplicación de un Derecho extranjero<sup>7</sup>.

## 2. Orden público internacional y Derecho de la Unión Europea: su conexión con los derechos a la ciudadanía europea y a la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión

8. Sentadas las consideraciones anteriores, en primer lugar, respecto del Derecho de la Unión Europea, conviene recordar una serie de premisas ciertamente relevantes:

- 1ª) El ordenamiento jurídico de la Unión Europea es un ordenamiento propio, distinto del de los Estados miembros.
- 2ª) En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, este prevalece sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por consiguiente, estos quedan supeditados a los principios fundamentales del Derecho de la Unión.
- 3ª) Desde esta perspectiva, los principios y valores esenciales del Derecho de la Unión Europea conforman también el orden público internacional de los Estados miembros<sup>8</sup>.

9. Pero, ¿cuáles son esos principios fundamentales presentes en el Derecho de la Unión y cómo inciden en las relaciones objeto del Derecho de familia y de la persona, tal como se regulan en el Derecho de los Estados miembros? Para dar respuesta a esta cuestión, parece oportuno comenzar analizando la proyección de los derechos fundamentales que integran el Derecho de la Unión como elemento coordinador de una suerte de orden público internacional supranacional en materia de Derecho de familia y de la persona.

10. A este respecto, debe advertirse que la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo ha venido siendo progresiva<sup>9</sup>. Así, hay que partir del Derecho originario, y concretamente, de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, cuya vocación puede calificarse básicamente como económica y de los cuales derivan las cuatro libertades fundamentales<sup>10</sup>.

11. Con posterioridad, los Tratados de integración y otros instrumentos remarcaron el respeto y promoción de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros, en

---

A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 155.

<sup>7</sup> El art. 23 LAI incorpora la teoría del orden público internacional de proximidad. Para mayor información sobre el orden público internacional de proximidad, véase: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho*, nº 23, 2005, pp. 31-33; y, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación regulados en el Reglamento sucesorio Europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2019), Vol. II, nº 1, p. 504.

<sup>8</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 342; y, N. BOUZA VIDAL, “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto homenaje a la Dra. Nuria Bouza Vidal, Catedrática de Derecho internacional privado*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Abril 2017, p. 81.

<sup>9</sup> Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, Derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTCE, asuntos K.B. y García Avello)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, nº 18, Mayo-Agosto 2004, p. 510.

<sup>10</sup> Libertad de circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libertad de circulación de trabajadores y libertad de circulación de capitales.

el CEDH y en la Carta Social Europea<sup>11</sup>. De este modo, dado que los tratados dan prioridad a la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, se hace hincapié en estos mismos valores, junto con el principio de no discriminación como principio general de la Unión, al mismo tiempo que se incorpora el concepto de ciudadanía europea. Cabe destacar aquí el derecho a la libre circulación y residencia de personas, recogido en el art. 21 TFUE, por su incidencia en las situaciones de Derecho Privado, y en particular, en las relaciones familiares<sup>12</sup>.

**12.** El proceso culmina con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007 (CDFUE), en la cual se contempla el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos que vivan en el territorio de la Unión. En referencia a esta Carta, debe observarse que su art. 52.3 incorpora el principio de homogeneización en la interpretación del sentido y alcance de los derechos previstos en la Carta que se correspondan con los derechos garantizados en el CEDH y sus Protocolos, si bien permite que el Derecho de la Unión les otorgue una protección más extensa.

**13.** Sin olvidar que tales derechos han de ejercerse en las condiciones y con los límites comprendidos en los Tratados (art. 52.2 CDFUE), de lo anterior se infiere que la interpretación que realice el TJUE de los derechos que aparecen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha de inspirarse, en su caso, en la Jurisprudencia del TEDH. De ahí la importancia del CEDH y de la doctrina del TEDH para establecer una hipotética existencia de un orden público internacional europeo.

**14.** Específicamente, resulta de interés para el presente trabajo ahondar en algunos puntos relacionados con el derecho a la libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión Europea por el territorio de la Unión:

- 1º) El fundamento del citado derecho a la libre circulación y residencia se sitúa en los arts. 3.2 y 21, así como en los títulos IV y V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), junto al art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>13</sup>.
- 2º) Concretando más, deben ponerse en relación los arts. 18 y 21 TFUE. El primero de los preceptos citados contempla la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad<sup>14</sup>. Mientras que, el segundo de ellos otorga la titularidad directa del derecho a la libre circulación y residencia a los ciudadanos de la Unión Europea, desarrollando lo dispuesto en el art. 20 TFUE, que define el concepto de ciudadanía europea y enuncia algunos de los derechos que derivan de esta circunstancia. Estos presupuestos se han venido completando a través

<sup>11</sup> Vid. “Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales” (Luxemburgo, el 5 de abril de 1977) y “Acta Única Europea” (1996).

<sup>12</sup> Sobre este particular, hay que tener en cuenta que las primeras normas solo contemplaban la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento y venían recogidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1.1.1, 2.1.5 y 2.1.4). El concepto de ciudadanía europea se incorporó en el Tratado de Maastricht, de tal manera que todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión y, en consecuencia, son titulares del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por su parte, el Tratado de Lisboa, además de confirmar este derecho, lo incluyó en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Vid. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>. Por lo que respecta a la evolución de esta cuestión en los diferentes Tratados, vid. M. MOYA ESCUDERO, “Un Código de derechos para los nacionales de terceros Estados residentes legales en la Unión: un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional* n° 34, 2017.

<sup>13</sup> Vid. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas*, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

<sup>14</sup> El apartado 2 del art. 21 TFUE (art. 18 TCE) faculta a Parlamento Europeo y al Consejo “*adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos [libre circulación y residencia]*”.

de diferentes Reglamentos y Directivas<sup>15</sup>, así como mediante la jurisprudencia del TJUE, tal y como más adelante se estudiará<sup>16</sup>.

- 3º) Aunque la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia no corresponde a los nacionales de terceros Estados, el ejercicio de este derecho se ha hecho así mismo extensivo a los familiares de los ciudadanos de la Unión y asimilados, con el argumento de que favorece la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, por lo cual el establecimiento de límites desproporcionados supondría un obstáculo a dicha libertad. Todo ello, unido a la salvaguarda del derecho a la vida familiar, que, recogido, entre otros textos, en el art. 7 CDFUE y el art. 8 CEDH, se ha traducido en que los familiares de los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho derivado a la libre circulación y residencia<sup>17</sup>.

15. Teniendo en cuenta lo que antecede, cabe cuestionarse si estos derechos fundamentales pueden constituir un orden público europeo y operar como excepción de orden público internacional. En este sentido, se ha indicado que podrían funcionar para limar las diferencias de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de orden público. Sin embargo, se duda de su aplicación directa a nivel internacional y, más bien, hay una tendencia a tener en cuenta otras variables, tales como la proximidad, los vínculos o el impacto que la situación pueda comportar en el territorio de la Unión. Es decir, parece defenderse la solución del orden público internacional de proximidad<sup>18</sup>.

16. La cuestión se abordará con mayor profundidad al estudiar la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, en particular, por lo que respecta, por un lado, a los derechos de libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión y a la ciudadanía europea, y por otro, al derecho al respeto a la vida privada y familiar.

### 3. Convenio Europeo de Derechos Humanos y orden público internacional.

17. Se trata de un Convenio aprobado en el ámbito del Consejo de Europa, que se encuentra en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea y al cual, como ya se ha explicado, la CDFUE otorga una importancia primordial. A esto se suma que el CEDH ha sido completado o matizado por diversos Protocolos.

18. Siguiendo a autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>19</sup>, hay que destacar, como dato primario, que el CEDH incorpora un catálogo de derechos humanos sustantivos, los cuales deben

<sup>15</sup> En la actualidad, las condiciones para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, temporal o permanente, de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares se encuentran reguladas en la Directiva 2004/38/CE, 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. La Directiva se aprobó después de la supresión de las fronteras interiores, de conformidad con el Acuerdo Schengen y unifica en un solo texto otros instrumentos legislativos. Esta norma define igualmente los límites de dichas libertades por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, además de clarificar el régimen de los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, estudiantes o personas que no trabajen a cambio de una remuneración. Recuérdese que modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y deroga 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. A este respecto, consúltese: Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

<sup>16</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, "Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", *Diario La Ley*, nº 5771, Sección Unión Europea, 30 de Abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-103, Editorial LA LEY (LA LEY 693/2003).

<sup>17</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, "Las libertades de circulación y de residencia...", cit.; y, P. JIMÉNEZ BLANCO, "Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 2017, asunto C-165/16: *Lounes*", *La Ley Unión Europea*, nº 56, 28 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 1305/2018).

<sup>18</sup> Vid. A. QUINONES ESCÁMEZ, "Derecho comunitario, Derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador?...", cit., pp. 526-528.

<sup>19</sup> Para la redacción de este apartado se ha tomado especialmente en consideración, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 351-356.

ser respetados por los ordenamientos jurídicos y las autoridades de los Estados contratantes, que están obligadas a su aplicación tanto a los casos enteramente nacionales como a los supuestos objeto de Derecho Internacional privado. Y por su carácter general, tales resultan de aplicación a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados partes (art. 1), en tanto que son los titulares de los derechos del CEDH.

**19.** El mayor inconveniente que suscita la aplicación del CEDH respecto a casos internacionales radica en que el Convenio no contempla mecanismo alguno de Derecho Internacional privado que garantice el respeto a los derechos humanos recogidos en el mismo. Por este motivo, ante un determinado supuesto con elemento internacional, se hace necesario el recurso a los métodos previstos en el ordenamiento jurídico del foro, lo que debe dar lugar a la puesta en práctica de la excepción del orden público internacional cuando la aplicación del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto infrinja los derechos y libertades recogidos en el CEDH. Cuestiones tales que se han de valorar atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a la vinculación del supuesto con el Estado parte de que se trate.

**20.** La aplicación del CEDH puede cumplir dos importantes objetivos:

- 1º) La coordinación de los sistemas jurídicos de los Estados parte del Convenio y la eliminación de la aplicación “imperialista” del orden público internacional del foro, que no debe afectar la regulación de una sociedad extranjera.
- 2º) La estabilidad de las relaciones jurídicas establecidas legalmente por los particulares, con la consiguiente seguridad jurídica que ello proporciona. Aquí se aboga nuevamente por el orden público internacional de proximidad como solución más razonable, en particular, en lo referente al reconocimiento de decisiones extranjeras que tienen por objeto situaciones válidamente constituidas en un Estado y cuya eficacia se solicita en otro Estado diferente.

**21.** En un epígrafe posterior, se estudiará cómo esta estabilidad y continuidad de las situaciones jurídicas ha sido abordada por el TEDH, que ha centrado una especial atención en el art. 8 CEDH, que regula el derecho al respeto a la vida personal y familiar, y otra muy en particular, en instituciones del Derecho de familia como la adopción, la *kafala* de Derecho islámico y la filiación a través de la gestación subrogada.

### III. Concepto de equidad: alcance y funciones

**22.** Como podrá recordar el lector, planteando como hipótesis general la posible existencia de un orden público internacional europeo, en la parte introductoria de este trabajo hemos formulado si ¿subyace al Orden Público Internacional Europeo el valor de la equidad convirtiéndolo en una suerte de orden público internacional atenuado, que, en función de cada caso concreto, deba conciliar realidades jurídicas dispares en orden a alcanzar una solución de justicia material?

**23.** La razón que nos conduce a preguntarnos la cuestión que antecede reside en la naturaleza misma de las cosas. La experiencia de estos últimos tiempos nos muestra que los diferentes tribunales europeos han empezado a inclinarse por la línea de un espectro conciliador del orden público europeo en materia de familia. En función de la mayor o menor vulnerabilidad que comporte la situación de que se trate para los sujetos afectados, el orden público europeo tendería a flexibilizar la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto para corregir la situación litigiosa, adecuándola según sea el caso, y evitar que la afectación se intensifique. Y este no sería otro que aquel a que hemos venido a denominar “orden público internacional atenuado”.

24. La tendencia es atemperar las situaciones enjuiciadas e intentar conciliarlas sin imponer nada a los Estados contratantes, cuya función habilitadora permanecerá solo en el plano de los efectos, es decir, de la eficacia de las resoluciones judiciales, pues la finalidad última de las medidas adoptadas es facilitar la libre circulación de las personas en todo el espacio europeo y, en consecuencia, procurar el libre desarrollo de la personalidad de todos los que lo ocupamos, sea cual fuere el derecho que se afecte. Esto solo puede ser posible en virtud de ese valor que es conocido bajo el nombre de equidad. Una equidad que, según entendemos, se encontraría en la base del orden público internacional europeo. Siendo necesario, para una mejor comprensión de este planteamiento, abordar brevemente el concepto de equidad con el objeto de determinar su alcance y funciones.

25. La equidad, de acuerdo con la doctrina clásica, entra en la esfera de la justicia, y más concretamente, en la de la justicia legal —que se mide por la adecuación o perfecta coincidencia entre lo mandado por las leyes imperativas y lo efectivamente cumplido<sup>20</sup>—. Se define a la equidad como la justicia matizada o atenuada por otras virtudes, como la solidaridad, por ejemplo<sup>21</sup>. Esto es así porque en el contexto general de las relaciones humanas y del “bien común” —que es objeto de la justicia legal, es decir, del cumplimiento o aplicación de las leyes— la justicia no puede ser contemplada aisladamente<sup>22</sup>. Y como consecuencia de ese proceso de armonización de la justicia con otras virtudes aparece lo equitativo, que es, precisamente, el objeto de la equidad. Lo equitativo constituye, en este escenario, el resultado de armonizar los deberes de justicia con los deberes correspondientes a otras virtudes<sup>23</sup>.

26. En conexión con lo anterior, también se habla de la equidad como justicia en su aplicación al caso concreto<sup>24</sup>. Bajo esta premisa, la “[e]quidad es todo lo contrario de una idea general; es más bien un catalizador dirigido a un resultado concreto que sea lo más acorde posible con la Justicia, dirigida a la determinación más justa posible del caso”<sup>25</sup>. Pero cabe matizar esta afirmación para una correcta comprensión de la relación entre equidad y justicia. La equidad tiene como función mejorar la justicia en el caso concreto para así favorecer, al propio tiempo, el bien común. De ahí que si, con la intención de lograr su pretensión, la equidad terminase destruyendo la justicia o entorpeciendo el bien común, no habría equidad sino injusticia.

27. La equidad está llamada a cumplir dos funciones: por un lado, atempera el deber, y por otro, acomoda el derecho<sup>26</sup>.

- 1º) En cuanto a la primera función, la atemperación de lo debido consiste en rebajar, atenuar o dulcificar las exigencias de justicia, o si se quiere ser más específico, de lo ordenado por la norma —en el caso de la justicia legal—, y puede responder a diversas causas. Así, por ejemplo, esta atemperación, algunas veces, puede tener su causa en la solidaridad, en cuya virtud se produce la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes. Siendo el juez uno de los sujetos sobre quien recae la obligación de actuar con equidad<sup>27</sup>, cuando así sea preciso.
- 2º) En la segunda función, esto es, la acomodación del derecho, la equidad se va a centrar, ya no en la deuda de justicia, sino en el derecho, buscando por todos los medios posibles su satisfacción en orden a procurar el bien del titular del derecho. Otras veces, sin embargo, la

<sup>20</sup> Cfr. J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Universidad de Piura, Piura, 1999, p. 80.

<sup>21</sup> Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Tercera Edición, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 249.

<sup>22</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 248.

<sup>23</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 249.

<sup>24</sup> Cfr. M.A. JAUREGUI, “Equidad como principio: una interpretación de su contenido”, *Ciencias Económicas. Universidad Nacional del Litoral*, Vol. 2, nº 14, 2017, p. 107.

<sup>25</sup> J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 1439.

<sup>26</sup> Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. 249.

<sup>27</sup> Cfr. *Ibidem*.

intención solo será disminuir, a la mínima expresión, los eventuales perjuicios que podría sufrir el justiciable<sup>28</sup>.

28. Las ideas que preceden nos permiten aproximarnos, entonces, a una premisa general fundamental en la materia: la justicia es la regla, y la equidad solo una excepción —y en esto, adelantamos, ya se identifica esta última con el “orden público internacional atenuado”—. La justicia hace posible el orden social justo, ese orden en que cada quien disfruta efectivamente de sus derechos o los ejerce sin interferencias, y, por ello, es la justicia la que siempre ha de actuar, la que estará en constante operatividad. No siempre se aplicará la equidad, porque esta solo es posible en determinados casos, siendo las particularidades de cada uno de estos las que servirán de guía preceptiva para determinar si debe actuarse o no con equidad. Por lo que, cuando esta se aplique entenderemos que la justicia sigue estando presente, pero en su versión atemperada o reforzada. “*La Equidad no es la totalidad de la Justicia sino una parte de la misma, vale decir, una participación al caso concreto, como producto de aquella tarea de la Razón Práctica*”<sup>29</sup>, que es la que debe orientar la decisión del juez.

#### IV. Análisis de la jurisprudencia más emblemática dictada en el ámbito europeo

29. Tal como se ha expuesto al enunciar el estado de la cuestión, en esta instancia corresponde ya realizar el estudio de la jurisprudencia europea, para verificar si de la interpretación que lleva a cabo de determinadas nociones de Derecho de familia pueden extraerse principios y valores susceptibles de conformar un orden público europeo, que operaría en relaciones transfronterizas. Aunque cabe reiterar que, sea como fuere, al referirnos al orden público europeo, en ningún caso cabría confundir los principios que derivan del CEDH 1950 y los que traen causa del Derecho de la UE.

30. Por ello, este apartado se dividirá en dos epígrafes. En el primero de ellos se examinarán aquellas resoluciones del TJUE, que, particularmente, tienen por objeto el derecho a la libertad y residencia de los ciudadanos de la Unión, junto con el principio de ciudadanía europea y la prohibición de discriminación. El segundo epígrafe, por su parte, recogerá las consecuencias más relevantes que pueden extractarse de la jurisprudencia del TEDH a la hora de interpretar el art. 8 CEDH.

##### 1. Análisis de la jurisprudencia del TJUE

31. A este respecto, han sido muchas las sentencias que han ido modulando el régimen de la libre circulación y residencia en relación con la prohibición de discriminación. Entre otras, cabe mencionar algunas de las resoluciones más significativas que se dictaron sobre la materia en cuestión, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/96 - *Martínez Sala* (ECLI:EU:C:1998:217), y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-413/99 - *Baumbast y R* (ECLI:EU:C:2002:493).

32. La ciudadanía europea y la libre circulación también fueron invocadas por este Tribunal en relación con el derecho al nombre, en la STJUE (Pleno) de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02- *García Avello* (ECLI:EU:C:2003:539) y STJUE (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06 - *Grunkin y Pau* (ECLI:EU:C:2008:559).

33. Mucho más interesantes resultan, a los efectos del presente trabajo, los pronunciamientos que ha realizado más recientemente el TJUE al hilo del art. 2.2. de la Directiva 2004/38/CE. Y en consonancia con ellos, ha dictaminado que también quedan comprendidos en su ámbito de aplicación los

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 249 y 250.

<sup>29</sup> J.R. PIERPAULI, “Algunas observaciones en torno del concepto de equidad”, *Verbo*, nº 375-376, 1999, p. 517.

cónyuges del mismo sexo [STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16 - Coman y otros (ECLI:EU:C:2018:385)]. De la citada resolución se desprenden varias conclusiones relevantes<sup>30</sup>:

- 1ª) Las legislaciones de los Estados miembros pueden regular o no el matrimonio del mismo sexo e incluso no admitirlo, si bien, en el ejercicio de sus competencias no pueden vulnerar la libertad de circulación que corresponde a todos los ciudadanos de la UE.
- 2ª) Cabe la posibilidad de que, en casos justificados, un Estado miembro haga valer su excepción de orden público internacional para impedir el libre ejercicio del derecho a la libertad de circulación, siempre y cuando se acredite la existencia de grave riesgo para los intereses generales de la sociedad. Ello supone que el Estado miembro de destino no tiene ninguna obligación de reconocer ni otorgar plenos efectos constitutivos a un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en el Estado de origen. Ahora bien, cosa distinta es que el Estado de destino reconozca la existencia de este matrimonio y la condición de cónyuge de un ciudadano de un tercer Estado, a los solos efectos de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, en tanto que no se conculque con ello el orden público internacional del Estado de destino.
- 3ª) De la sentencia parece deducirse que el TJUE, siguiendo la doctrina del TEDH, asienta la idea de que existe un derecho a la continuidad de las relaciones de familia o atinentes al estado civil de las personas en supuestos transfronterizos. Ello, sobre la base del derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconocido tanto en el art. 7 CDFUE como en el art. 8 CEDH.
- 4ª) En lo que se refiere a esta sentencia, hay que llegar a la conclusión de que no tiene como propósito obligar a los Estados miembros a garantizar la libre circulación de los «matrimonios» como institución jurídica. Antes bien, al contrario, lo que en verdad pretende el TJUE es salvaguardar el derecho a la libre circulación de personas.

**34.** En este sentido, cabe traer también a colación la STJUE de 26 de marzo de 2019, Asunto C 129/18, *SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (ECLI:EU:C:2019:248)<sup>31</sup>. La cuestión prejudicial resuelta en la mencionada resolución se centraba en dilucidar si podía considerarse un “descendiente directo”, en el sentido del art. 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 2004/38, al menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* o a una disposición equivalente prevista en la legislación de su país de origen. De esta sentencia cabe inferir las siguientes conclusiones:

- 1ª) El Tribunal de Justicia, atendiendo al principio de igualdad y a la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, sostuvo que el término “descendiente directo” debe ser objeto de una interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión<sup>32</sup>.
- 2ª) En este punto, no debe olvidarse que el propósito de esta norma consiste en favorecer la libre circulación de los ciudadanos de la Unión por todo el territorio de la Unión Europea, principio este que se encuentra recogido en el art. 21 TFUE y que se vería conculcado de establecer obstáculos desproporcionados a su ejercicio. Como tampoco puede desconocerse que con esta finalidad se ha hecho extensiva dicha libertad a otros sujetos, como los mencionados en el art. 2.2 de la Directiva, dado que, de este modo, se reconoce la continuidad

<sup>30</sup> Sobre las implicaciones en materia de Derecho Internacional privado que contiene esta sentencia, consúltense J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de personas, matrimonios entre personas del mismo sexo y la sentencia del TJUE de 5 junio 2018 en el asunto Coman-Hamilton”, <http://accursio.com/blog/?p=85>; y, M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el As.C-673/16, Coman)”, *Crónica de Derecho Internacional Privado, Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, [www.reei.org](http://www.reei.org).

<sup>31</sup> A mayor abundamiento, Vid. M.J. SÁNCHEZ CANO, “La aplicación de la Directiva 2004/38/ce en supuestos de *kafala* (كفالة) internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº 1, Marzo 2020, pp. 713-727.

<sup>32</sup> Acoge aquí el TJUE la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10 (ECLI:EU:C:2011:866). También ha sido utilizado este principio en el Asunto, C-673/16-*Coman*, antes mencionado.

de la relación familiar, ante la hipótesis de que estas personas quieran seguir al ciudadano de la Unión a otro Estado miembro o reunirse con él en dicho Estado.

- 3ª) El Tribunal de Justicia deja bien sentado que “no puede considerarse que un menor que se halla bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión con arreglo a una *kafala* sea ‘descendiente directo’ de un ciudadano de la Unión”, habida cuenta que esta figura no crea un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*<sup>33</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia opta por dar respuesta a la solución litigiosa recurriendo a otro precepto de la Directiva, cual es el art. 3.2. a), salvaguardando, de este modo, tanto el principio del interés superior del menor<sup>34</sup> como la unidad y continuidad familiar a la que se ha aludido con anterioridad y que, como se viene afirmando, es uno de los objetivos de la Directiva relativa a la libre circulación. Entiende, por tanto, el Tribunal que la situación puede entrar en el ámbito de aplicación del art. 3.2 a), toda vez que la menor SM puede considerarse como “otro miembro de familia”, que se encuentra, en virtud de la *kafala*, decretada en el país de origen de la niña, a cargo de un ciudadano de la Unión que es beneficiario del derecho de residencia con carácter principal.
- 4º) No obstante todo ello, ordena ponderar también en cada supuesto examinado la concurrencia de peligro o riesgo de que los menores tutelados puedan ser víctima de abuso, explotación o tráfico, motivo por el cual no descarta que los Estados miembros puedan efectuar los controles que estimen convenientes.
- 5º) La conclusión más destacada a la que llega el Tribunal, a los efectos del presente trabajo, es que, si queda demostrada la existencia de una vida familiar efectiva y de una relación de dependencia entre el menor y su tutor, los Estados miembros, dando cumplimiento al principio del interés del menor y al derecho a la vida familiar, deberán conceder al menor el derecho de entrada y residencia, con la finalidad de que pueda convivir con su tutor en el Estado miembro de la residencia de este. Esta solución resulta acorde con lo dispuesto en los arts. 7 y 24 CDFU, en relación con el Considerando 31 de la Directiva, y en el art. 8 CEDH, así como con la jurisprudencia del TEDH.

## 2. Análisis de la jurisprudencia del TEDH

**35.** No debe olvidarse que la finalidad del art. 8 de la Convención es la protección del individuo frente a las intromisiones arbitrarias de los poderes públicos, para lo cual debe verificarse el equilibrio necesario entre los intereses del sujeto y los de la sociedad en su conjunto, si bien el Estado dispone de un cierto margen de apreciación<sup>35</sup>.

**36.** En este orden de consideraciones, y por lo que respecta a una supuesta violación del derecho a la vida privada y familiar, hay que recordar que el TEDH ha abordado en numerosas resoluciones la problemática de la adopción internacional<sup>36</sup>, construyendo una línea jurisprudencial de alcance general,

<sup>33</sup> Vid. M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. 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*, Vol. 2, Colección “Derecho y Letras” nº 1, Murcia, 2019, pp. 484-487. Destaca un sector doctrinal que, de no haber recurrido el TJUE a una interpretación autónoma y uniforme del concepto de “descendiente directo”, se hubiera corrido el riesgo de que, a la luz del Derecho nacional, algún Estado miembro hubiera considerado que los menores en situación de *kafala* efectivamente son “descendientes directos” del ciudadano en cuestión, pudiendo dar lugar a interpretaciones diferentes en otros Estado miembros, lo que restringiría la libertad de circulación de aquellos ciudadanos que fuesen objeto de un trato desigual. Vid. 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, 30 de Junio de 2019 (LA LEY 7510/2019).

<sup>34</sup> El TJUE ha tomado en consideración el principio del interés del menor en numerosas sentencias. Por todas, Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15 - *Chavez-Vilchez y otros* (ECLI:EU:C:2017:354).

<sup>35</sup> Téngase en cuenta la argumentación del TEDH en la STEDH de 3 mayo 2011, *Caso Négrépontis-Giannisis* contra Grecia (TEDH 2011/43).

<sup>36</sup> Vid. las SSTEDH de 22 enero 2008, Caso *E.B.* contra Francia (TEDH 2008/4); 13 enero 2009, Caso *Todorova* contra Italia (TEDH 2009/8); 10 enero 2008, Caso *Kearns* contra Francia (TEDH 2008/5); o de 13 septiembre 2007, Caso *Emonet y otros* contra Suiza, entre otras muchas.

que bien puede operar a la hora de interpretar el significado y contenido del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio, en relación con el reconocimiento de una adopción extranjera<sup>37</sup>. Dicha corriente jurisprudencial se inclina por evitar situaciones familiares claudicantes derivadas de la diversidad legislativa de los Estados, flexibilizando la aplicación de la excepción del orden público internacional, cuya interpretación deberá realizarse de forma restrictiva, procurando el justo equilibrio entre los distintos intereses concurrentes, pero sin olvidar tampoco que, en materia de adopción, el interés prevalente es siempre el del menor.

**37.** En efecto, en este sentido, es doctrina jurisprudencial sentada del TEDH que, aunque la citada disposición “*tiende en lo esencial a prevenir al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de dichas injerencias*”, sino que “*pueden añadirse otras obligaciones positivas inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar*”. Así, en todo caso, a juicio del TEDH, “*debe tenerse en cuenta el equilibrio justo a mantener entre los intereses concurrentes de la persona y de la sociedad en su conjunto*”, de la misma manera que, en ambas hipótesis, “*el Estado goza de cierto margen de apreciación*”<sup>38</sup>.

**38.** En la misma medida, el Tribunal ha establecido que la noción de “*vida privada*”, en el sentido del art. 8 del Convenio, “*es un concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes*”<sup>39</sup>, el derecho al “*desarrollo personal*”<sup>40</sup>, o “*el derecho a la autodeterminación como tal*”<sup>41</sup>, abarcando también “*elementos tales como el nombre*”<sup>42</sup>, “*la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual*”<sup>43</sup>, así como “*el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo*”<sup>44</sup>.

**39.** Igualmente y tratándose de un supuesto relacionado con la institución adoptiva, el TEDH tiene declarado que “*el derecho a la adopción no figura como tal entre los derechos garantizados por el Convenio*”<sup>45</sup>, lo que no excluye, según el Tribunal, “*que los Estados partes en el Convenio puedan hallarse, en ciertas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y desarrollo de unos vínculos familiares legales*”<sup>46</sup>. Más concretamente, en este punto, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que “*el derecho al respeto de una vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el mero deseo de fundar una*”<sup>47</sup>, si bien, hay que decir que, en ocasiones, el TEDH ha dejado abierta la cuestión de si el derecho a adoptar entraña o no en el ámbito de aplicación del art. 8 considerado aisladamente<sup>48</sup>.

**40.** No obstante lo dicho, lo determinante es que, conforme a su jurisprudencia, el Tribunal ha señalado de forma reiterada que “*la cuestión de la existencia o no de una «vida familiar» es ante todo una cuestión de hecho, que depende de la existencia de unos estrechos vínculos personales*”<sup>49</sup>.

<sup>37</sup> Vid., por ejemplo, la STDH de 28 junio 2007, Caso *Wagner y JNWL* contra Luxemburgo (JUR 2007/147388) o la STEDH de 3 mayo 2011, Caso *Négrépontis-Giannisis* contra Grecia (TEDH 2011/43).

<sup>38</sup> A título ejemplificativo, pueden citarse las SSTEDH de 26 mayo 1994, Caso *Keegan* contra Irlanda (TEDH 1994/21) y de 22 junio 2004, Caso *Pini y otros* contra Rumanía (JUR 2004/178985).

<sup>39</sup> Véase la STEDH de 16 diciembre 1992, Caso *Niemietz* contra Alemania (TEDH 1992/77).

<sup>40</sup> Vid. la STEDH de 6 febrero 2001, Caso *Bensaid* contra Reino Unido (TEDH 2001/82).

<sup>41</sup> Consúltase la STEDH de 29 abril 2002, Caso *Pretty* contra Reino Unido (TEDH 2002/23).

<sup>42</sup> Vid. la STEDH de 22 febrero 1994, Caso *Burghartz* contra Suiza (TEDH 1994/9).

<sup>43</sup> Vid. las SSTEDH de 22 octubre 1981, Caso *Dudgeon* contra Reino Unido (TEDH 1981/4) y de 19 febrero 1997, Caso *Laskey, Jaggard y Brown* contra Reino Unido (TEDH 1997/10).

<sup>44</sup> Vid. la STEDH de 7 marzo 2006, Caso *Evans* contra Reino Unido (TEDH 2006/19).

<sup>45</sup> En este sentido, cabe mencionar, el Caso *Di Lazzaro* contra Italia, núm. 31924/1996, Decisión de la Comisión de 10 julio 1997; y, las SSTEDH de 26 febrero 2002, Caso *Fretté* contra Francia (TEDH 2002/10) y de 22 junio 2004, Caso *Pini y otros* contra Rumanía (JUR 2004/178985).

<sup>46</sup> Vid. las SSTEDH de los Casos *Keegan* contra Irlanda (TEDH 1994/21) y *Pini y otros* contra Rumanía (JUR 2004/178985), antes citadas.

<sup>47</sup> Vid., entre otras, la Sentencia *Fretté* contra Francia, previamente citada.

<sup>48</sup> Por ejemplo, vid. la Sentencia *E.B.* contra Francia, antes citada.

<sup>49</sup> Aquí resultan ilustrativas las Sentencias de los Casos *Marckx* contra Bélgica (TEDH 1979, 2) y *K. y T.* contra Finlandia, núm. 25702/1994.

41. Junto a ello, atendiendo a la doctrina sentada en el Caso *Wagner*<sup>50</sup>, parece desprenderse que el art. 8 CEDH ampara la existencia de un supuesto derecho a disfrutar de la continuidad de la relación establecida a pesar de las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados implicados, lo que se acentúa en situaciones transfronterizas. Por esta razón, la STEDH de 4 octubre 2012, Caso *Affaire Harroudj* contra Francia (rec. 43631/2009), y la STDH de 16 diciembre 2014, Caso *Chbihi Loudoudi y otros* contra Bélgica (TEDH 2014/101), dejan bien sentado que no se produce infracción alguna del art. 8 CEDH por la negativa de los Estados contratantes a constituir una adopción de un menor en situación de *kafala*. Esto es así toda vez que la *kafala* es una institución de protección de menores que tiene cabida en el Convenio de La Haya de 1996 y habida cuenta que los ordenamientos jurídicos de los Estados implicados (Francia y Bélgica, respectivamente) garantizan la continuidad de la vida familiar al equiparar esta institución de Derecho islámico con una tutela.

42. Además, no cabe la menor duda de que el interés del hijo ya adoptado ha orientado y matizado la aplicación de la excepción de orden público internacional por los Tribunales de los Estados contratantes de la Convención, de donde se desprende que las autoridades internas deberán ponderar todos los intereses en juego, si bien velando por la salvaguarda del interés superior del menor, que siempre habrá de prevalecer sobre los demás intereses concurrentes

43. Esta idea se consolida en la STEDH de 24 enero 2017, n° 25358/12 (Caso *Campanelli y Paradiso* contra Italia), en relación con la filiación mediante gestación subrogada, en la cual se define el concepto de familia de facto a los efectos de interpretar el art. 8 CEDH<sup>51</sup>. De la citada resolución es importante destacar las siguientes deducciones:

- 1ª) El art. 8 CEDH ampara el derecho que tiene una familia válidamente constituida conforme al Derecho del Estado de origen a ser respetada en el Estado de destino, de tal manera que comprende la vida privada que se instituye con el desarrollo del vínculo familiar. A tal fin, lo relevante para valorar la existencia de un vínculo familiar es la duración y la calidad del mismo y no tanto la presencia de lazos de carácter sentimental o emocional.
- 2ª) Únicamente en el supuesto de peligro grave y real para el menor, el Tribunal admite la posibilidad de injerencia estatal para garantizar los derechos fundamentales de los menores.
- 3ª) Sin embargo, la existencia de un vínculo familiar —en la sentencia examinada entre los padres comitentes y el menor— habrá de ser estudiada con arreglo a las circunstancias y elementos concurrentes en cada uno de ellos, sin que, en todo caso, quepa llegar a la misma solución.
- 4ª) Teniendo en cuenta lo que antecede la respuesta más adecuada no es la aplicación general y abstracta de la normativa correspondiente y del principio del interés del menor, junto con la excepción del orden público internacional. Ello, toda vez que puede conducir a soluciones nada equitativas en aquellos Estados que no contemplen o prohíban una institución, como es el caso de la filiación mediante las técnicas de maternidad subrogada. En este sentido, no hay que desconocer que el TEDH está interpretando de forma autónoma el concepto de vida familiar del art. 8 CEDH y que, en consecuencia, los Estados contratantes tendrán que atender a esta nueva noción a la hora de resolver cada supuesto determinado.
- 5ª) En definitiva, el TEDH ha considerado que, en supuestos como el que nos ocupa, el Estado de destino no puede recurrir a la aplicación de la excepción del orden público internacional de forma generalizada para no otorgar el reconocimiento de la filiación, habida cuenta que ello supondría la vulneración del art. 8 CEDH en relación con el principio del interés del menor, que se contempla como principio supranacional en el art. 8 de la Convención sobre los derechos del niño.

<sup>50</sup> Vid. la Sentencia *Wagner y JNWL* contra Luxemburgo, antes mencionada.

<sup>51</sup> Para un mayor conocimiento del tema, Vid. A.M. RUIZ MARTÍN, “El Caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n° 2, Octubre 2019, pp. 778-791.

## V. Recapitulación conclusiva

44. Teniendo en cuenta lo que antecede, resulta procedente responder a las cuestiones que se plantearon al principio de esta exposición.

45. Así, como punto de partida, habría que dilucidar si, en verdad, existe un orden público internacional europeo capaz de imponerse frente a las reglas del Derecho internacional privado y a los conceptos de Derecho sustantivo de cada Estado. Sobre el particular, de lo estudiado a lo largo de este trabajo, puede concluirse que, ciertamente, existen unos principios y valores superiores previstos en diferentes textos del Derecho de la Unión Europea y en el CEDH, que vinculan a los Estados miembros y a los Estados contratantes, como pueden ser el derecho a la libertad de circulación y residencia, a la ciudadanía europea o el derecho al respeto de la vida privada y familiar. En este punto, sirva de ejemplo, la previsión que hace el art. 10.2 CE en relación con la interpretación de los derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna, en consonancia con los Tratados e instrumentos internacionales suscritos por España y que se encuentran en vigor en nuestro país.

46. Sin embargo, como bien apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González, al analizar la jurisprudencia del TJUE<sup>52</sup>, la argumentación debe plantearse en dos niveles jurídicos diferentes, sin asociar unas materias, objetivos o valores. Es decir, una cosa son los valores propios del Derecho de extranjería o del Derecho público o administrativo europeo, y otra muy distinta las materias objeto del Derecho Internacional privado. Desde esta perspectiva, lo más lógico es entender que el Derecho europeo ampara la salvaguarda de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, así como el respeto a su vida privada familiar; mientras que la cuestión de la validez de una relación jurídica de familia en el Estado de destino dependerá de la solución que contemplen las normas de Derecho Internacional privado de dichos Estados.

47. Aparte de lo anterior, la otra cuestión que se formulaba al inicio del trabajo hacía referencia a la presencia de la equidad como valor del orden público europeo, en cuya virtud fuera posible aplicar la teoría de los efectos atenuados del orden público internacional en cada caso concreto y conciliar, de este modo, realidades jurídicas dispares en orden a alcanzar una solución de justicia material.

48. Al respecto, en primer lugar, habría que explicar que, de la jurisprudencia examinada, tanto del TJUE como del TEDH, se desprende que, en supuestos como los que nos ocupan, y en especial, tratándose de situaciones transfronterizas en las cuales es fácil encontrarse con situaciones claudicantes, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, sin que quepan las respuestas generales ni en la aplicación de determinados principios, como, por ejemplo, el del interés del menor, ni tampoco de la normativa aplicable. Lo mismo cabe decir de la excepción del orden público internacional prevista en las normas de Derecho Internacional privado de los Estados de destino, respecto de la cual tampoco es posible una aplicación plena en todos los supuestos.

49. En segundo término, parece razonable entender, atendiendo a las resoluciones estudiadas, que el respeto a los derechos adquiridos y la búsqueda de soluciones equitativas ha llevado a los tribunales europeos a modular la aplicación del orden público internacional de los Estado de destino, con la finalidad de garantizar el respeto a los valores recogidos en el Derecho de la Unión Europea y en el CEDH. Ello conllevaría, como es posible advertir, no la plena eficacia en el Estado de destino de la situación jurídica concreta de Derecho de familia, sino únicamente el reconocimiento de determinados efectos que en nada conculcarían los principios y valores fundamentales que constituyen el orden público internacional del foro. Lo mismo cabría sostener si la situación no presenta vinculación con el Estado del foro.

---

<sup>52</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de personas...”, cit.

**50.** Para concluir, del análisis de la doctrina del TJUE y del TEDH, sin ningún género de dudas se desprende que, en todo caso, el valor superior que se pretende proteger es la continuidad en el Estado de destino de la relación jurídica familiar que se ha establecido válidamente en el Estado de origen. Y esto solo es posible en virtud de la equidad. La equidad, como hemos visto en el cuerpo del trabajo, es justicia matizada o atenuada por otras virtudes, como la solidaridad, por ejemplo. Y esto es así porque, en el contexto general de las relaciones humanas y del “bien común” —es decir, del cumplimiento o aplicación de las leyes—, la justicia no puede ser contemplada aisladamente; siendo por ello que la equidad está llamada a atemperar el deber y a acomodar el derecho en cada caso concreto y solo si este así lo requiere.

**51.** Por tales motivos, atendiendo a la idea de que la equidad puede equipararse a la justicia en su aplicación al caso concreto, la respuesta a la pregunta que se ha formulado más arriba ha de ser positiva. Todo esto, por la importancia que supone dar cabida a la aplicación de un mecanismo similar al del orden público internacional atenuado o de proximidad en cada caso particular, siempre en orden a alcanzar una solución material justa, o equitativa, que conduzca a un objetivo final, que no es otro que la estabilidad y persistencia de las relaciones de Derecho de familia en supuestos transfronterizos.

# LA CREACIÓN DE UN NUEVO ORDEN PÚBLICO EUROPEO EN MATERIA DE PRIVACIDAD COMO PRESUPUESTO PARA SU GARANTÍA INTEGRAL

## THE DEVELOPMENT OF A NEW EUROPEAN PUBLIC POLICY ON PRIVACY AS A PRECONDITION FOR ITS COMPREHENSIVE GUARANTEE

MARINA SANCHO LÓPEZ  
*Profesora Ayudante Doctora*  
*Universitat de València*

Recibido: 20.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6316>

**Resumen:** La normativa reciente en materia de protección de datos así como los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la cuestión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada, refuerzan la idea de la existencia de un orden público europeo distinto del orden público interno e internacional de cada Estado miembro. En este sentido, se ha venido conformando una estrategia comunitaria y un orden público europeo en torno a la concepción de la vida íntima y familiar y, en particular, al propio concepto de privacidad, cuyo alcance y significación difiere de la conceptualización que, sobre estos elementos, se ha venido realizando por la doctrina y jurisprudencia doméstica de los Estados miembros.

**Palabras clave:** privacidad, protección de datos, intimidad, reglamento europeo.

**Abstract:** Recent legislation on data protection, as well as the case law of the European Court of Justice on the issue and the case law of the European Court of Human Rights on the right to privacy, reinforce the idea of the existence an European public policy separate from the internal and international public policy of each Member State. In this sense, a Community strategy and a new European public policy has been shaping around the concept of intimate and family life and, in particular, the concept of privacy itself. The scope and meaning of privacy differs from the conceptualisation of these elements in the legal doctrine and the case law of the Member States.

**Keywords:** privacy, data protection, intimacy, european regulation.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares; II. Divergencias conceptuales entre lo íntimo y lo privado; III. Un orden público europeo en materia de privacidad; 1. La protección de datos como motor de cambio; 2. Disonancias con los órdenes internos e internacionales. Especial mención al caso del Reino Unido; IV. Conclusiones.

## I. Consideraciones preliminares

1. La realidad tecnológico-digital presente, gracias a la democratización de Internet y a la expansión de las tecnologías inteligentes del *Big data* han provocado cambios sustanciales en diversos espectros, desde la economía hasta las formas de interacción y relación social<sup>1</sup>. En este contexto, la recolección, almacenamiento y tratamiento en masa de los datos personales de la ciudadanía es una constante cuya trascendencia se ve acrecentada por la interacción constante de Internet donde todo es público –incluso lo privado– y además es permanente en el tiempo, lo que indudablemente tiene una repercusión en la merma de ciertos derechos fundamentales.

2. Este cambio de paradigma, debido al aumento exponencial del flujo de información personal y la interconexión de las diferentes bases de datos que los almacenan, ha comprometido la vida privada tal y como la conocíamos –ahora más expuesta que nunca–, comportando un aumento e incluso una alteración de la naturaleza y la intensidad de los riesgos de sufrir un daño real. En palabras de PÉREZ LUÑO<sup>2</sup> nos encontramos ante un “asalto tecnológico de los derechos y libertades”, donde resulta difícilmente negable la injerencia de la informática de control individual y colectivo que comprometen gravemente valores como la identidad, dignidad e igualdad, e incluso la propia seguridad jurídica.

3. Así, ciertas conductas que antes podrían considerarse remotas o de mínimo riesgo, se han convertido en lesiones potenciales, teniendo en cuenta además, el efecto multiplicador propiciado por las nuevas tecnologías del *Big data*. Estos riesgos para la vida privada, que en muchos casos terminan en lesión, han venido exigiendo un proceso profundo de reflexión por parte del Derecho para adaptar sus proposiciones al nuevo estado de cosas donde conceptos jurídicos que antes no presentaban mayores discusiones, como la vida privada, han cambiado en su significado y significación.

4. En definitiva, la privacidad personal está más expuesta que nunca y las probabilidades de causarle lesiones han aumentado en la coyuntura digital actual, por ello, con el objeto de adecuar sus presupuestos estructurales a la protección de la vida privada y a la autodeterminación informativa, desde las instancias europeas se ha tratado de construir mecanismos jurídicos que sean capaces de garantizar la privacidad de la ciudadanía en su acepción más contemporánea, conformando un nuevo orden público europeo.

5. Y es que una sociedad avanzada exige repensar los términos y medios de tutela de la esfera privada de sus ciudadanos, como consecuencia lógica del desarrollo garantista de los derechos de la personalidad frente a los desafíos que se presentan en cada momento para los bienes jurídicos protegidos. Por ello, como se verá a continuación, el ámbito de protección de lo privado se ha venido extendiendo conforme han ido aumentando las posibilidades de injerencia, debido a la connivencia del *Big data* e Internet.

6. En consonancia con esto, la normativa comunitaria en materia de protección de datos, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la cuestión y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos definiendo lo privado, refuerzan la existencia de un orden público europeo distinto del orden público interno e internacional de cada Estado miembro en torno a la concepción de la vida íntima y familiar y, en particular, sobre el alcance y significación de la privacidad, difiriendo de la doctrina y jurisprudencia doméstica, como se examinará más adelante.

---

<sup>1</sup> Ciertamente nos encontramos ante un cambio de paradigma pues los cambios introducidos por la trascendencia de los datos personales en todos los campos son de tal magnitud que su trascendencia que abarca la propia configuración del tejido social. Como señalan MAYER-SCHÖNBERGER y CUKIER, “la era de los datos masivos pone en cuestión la forma en que vivimos e interactuamos con el mundo [...] Esto da al traste con las prácticas establecidas durante siglos y choca con nuestra comprensión más elemental acerca de cómo tomar decisiones y aprehender la realidad”. V. MAYER-SCHÖNBERGER Y K. CUKIER, *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner, Madrid, 2015, p. 18.

<sup>2</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 23.

## II. Divergencias conceptuales entre lo íntimo y lo privado

7. Frecuentemente se confunden los términos “intimidad” y “privacidad”, los cuales se emplean a menudo, de manera errónea, como sinónimos tanto en el ámbito jurídico como en el lenguaje coloquial. Sin embargo, estos términos, aunque es indiscutible que se encuentran intrínsecamente relacionados, divergen notablemente en cuanto a su alcance y contenido por lo que deben usarse con propiedad.

8. La razón de dicha confusión se debe, fundamentalmente, a motivos históricos y filológicos en tanto que la protección de la vida privada tiene su origen en la construcción anglosajona *privacy*<sup>3</sup> que ha sido incorporada en nuestra tradición jurídica indistintamente como “lo privado” o “intimidad” aunque, sin embargo, ambos términos divergen en su significado etimológico<sup>4</sup> y jurídico al representar, respectivamente, un espacio de protección para el individuo mayor o más estricto respecto de su esfera personal<sup>5</sup>.

9. Así, mientras que el derecho a la intimidad se relaciona con el poder que cada individuo tiene para controlar la injerencia externa en su esfera más íntima, el derecho a la privacidad permite controlar el acceso, el alcance y la difusión de los demás a ese dominio íntimo. Igualmente, mientras que la intimidad es necesaria para salvaguardar la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, la privacidad abarca una dimensión mayor en el contexto de las relaciones interpersonales, proporcionando un espacio libre para llevar a cabo una multiplicidad de actos entre los que se incluye el intercambio de información personal. De este modo, intimidad y privacidad son realidades distintas aunque relacionadas y tienen un objetivo común: la ausencia de difusión –resguardarse de la publicidad no deseada–, reservando al individuo una parcela libre de injerencia<sup>6</sup>.

10. A diferencia de la intimidad, el ámbito de protección de la privacidad es flexible y está sujeta a cambios, por lo que depende de cada persona, del contexto, de las pautas de comportamiento de un lugar, de las costumbres o de las necesidades sociales. Por ello, mientras que sobre el concepto de intimidad existe cierto consenso en la doctrina<sup>7</sup>, no hay criterios uniformes para determinar aquello que constituye la “vida privada”, pues dicha concepción varía sustancialmente según las circunstancias en las que se someta a examen e incluso en función de las expectativas personales.

<sup>3</sup> Comúnmente se ha acordado en situar el origen de la protección del derecho a la vida privada en los planteamientos llevados a cabo en el siglo XIX por WARREN y BRANDEIS, que defendieron la existencia en el *common law* de un derecho a no ser molestado “*the right to be let alone*”. S. D. WARREN/ L.D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, 1890.

<sup>4</sup> Como señala DESANTES GUANTER, mientras que la palabra “privacidad” deriva del latín *privatus*, la “intimidad” procede del latino *intimus* que es una variación de *intumus*, forma superlativa del verbo *intus* cuyo significado es “dentro”, por lo que “intimidad” alude a aquello que está lo más dentro posible del ser humano, el ámbito más reservado de su personalidad. J.M. DESANTES GUANTER, “Intimidad e información, derechos excluyentes” en *Nuestro tiempo*, nº 213, Pamplona, 1972.

<sup>5</sup> En este sentido se elabora la *Teoría de los círculos concéntricos* en la doctrina alemana, cuyo origen se sitúa en las disertaciones de HUBMANN aunque posteriormente fue reelaborada por el Tribunal Constitucional Alemán y ha sido una teoría acogida en nuestra tradición jurídica, entre otros, por DESANTES GUANTER y SORIA. Según dicha teoría, debe diferenciarse entre tres niveles de confidencialidad o secretismo: primeramente, la esfera más íntima del individuo (*Intimsphäre*) impermeable a cualquier intromisión, a continuación la esfera privada (*Privatsphäre*) más permeable, en la que se incluyen aspectos personales y familiares menos íntimos y asemejada al *right to privacy* del *common law* y, finalmente, en un tercer nivel se delimita la esfera más pública pero aún protegida (*Privatsphäre*) en la que se incluyen aspectos relativos al honor y a la propia imagen. H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau, Colonia, 1967; J. M. DESANTES GUANTER Y SORIA, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, APM, Madrid, 1991.

<sup>6</sup> E. GARZÓN VALDÉS, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, en *Claves de la razón práctica*, nº 137, Madrid, 2003, p.15.

<sup>7</sup> Las definiciones que proporcionan la mayoría de los autores no difieren sustancialmente entre ellas, aunque ciertamente pueden apreciarse matices. Como muestra, ALBALADEJO entiende la intimidad personal como “el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2009, p. 460; DIEZ PICAZO Y A. GULLÓN lo definen como “la esfera secreta de la propia persona que debe ser protegida contra las intromisiones e indagaciones ajenas”, L. DÍEZ PICAZO Y A. GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Vol. 1, Madrid, 1992, p. 340; Para LÓPEZ GUERRA se trata del “reducto más privado de la vida del individuo, esto es, aquellos extremos más personales de su vida y su entorno familiar”. L. LÓPEZ GUERRA, *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, València, 2007, p. 231.

**11.** En consecuencia, la noción de privacidad es más idónea para describir la realidad presente, en la que el *Big data* en concurrencia con la revolución informática y tecnológica, ocasionan riesgos y lesiones para ciertos ámbitos personales de los individuos que, sin penetrar necesariamente en su estricta intimidad, calan en su ámbito más privado, suscitando igualmente molestias y perjuicios.

**12.** Podría decirse, de acuerdo con el orden público europeo en esta cuestión, que la privacidad es aquella esfera personal integrada por informaciones y comportamientos que, pese a no ser íntimos, el individuo desea que sólo sean conocidos por él o por determinadas personas con las que voluntariamente quiera compartirlos, sustrayendo su conocimiento a núcleos más amplios de la sociedad<sup>8</sup>. Y es que la privacidad varía en función de la naturaleza de las relaciones interpersonales que se desenvuelvan en un determinado contexto, constituyéndose por reglas de convivencia que tienden a preservar la intimidad personal y se erigen como barreras a la invasión de lo público<sup>9</sup>.

**13.** La intimidad no se opone a lo privado pues ambas radican en la defensa de la autonomía y la necesidad de un dominio reservado para la plena realización de los individuos, diferenciándose por su dimensión e intensidad de protección. Así, el derecho a la privacidad permite controlar el acceso, el alcance y la difusión de los demás al dominio íntimo. Mientras que la intimidad es necesaria para salvaguardar la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, la privacidad abarca una dimensión mayor en el contexto de las relaciones interpersonales, proporcionando un espacio libre para llevar a cabo una multiplicidad de actos entre los que se incluye el intercambio de información personal<sup>10</sup>.

**14.** Se trata, en definitiva, de una evolución natural, más acorde con el contexto económico-digital actual y con una mayor garantía para la vida privada de las personas. La protección jurídica de lo privado, hasta hace poco quedaba circunscrita al ámbito íntimo, como se deriva del artículo 18 de la Constitución española, de tal modo que, con el avance de las nuevas tecnologías y la evolución de las pautas de comportamiento social, ello había supuesto, a nivel práctico, una disminución considerable del alcance de la garantía de dicho precepto, limitando su protección a aquellos aspectos más íntimos de los sujetos y dejando sin tutela determinadas conductas que, si bien constituyen una intromisión en la privacidad personal, no vulneran el estricto ámbito de la intimidad.

**15.** Con la creación y desarrollo del derecho a la protección de datos personales se han intentado paliar estas carencias garantistas<sup>11</sup> que, fundamentalmente han venido de mano de la legislación europea, tal y como se expondrá a continuación. Principalmente, mediante la promulgación del Reglamento (UE) n° 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las

---

<sup>8</sup> ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ también distingue, junto con la intimidad, “una esfera más amplia y quizá de protección menos enérgica que recibe el nombre de privacidad, siguiendo el anglicismo de la *privacy*. La cual viene referida a datos o informaciones no íntimos, pero que el individuo desea que sólo sean conocidos por determinadas personas, queriendo sustraer su conocimiento a núcleos más amplios de la sociedad”. J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 71.

<sup>9</sup> Vid. H. BÉJAR, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1989.

<sup>10</sup> “*The content of privacy cannot be captured if we focus exclusively on either information, access, or intimate decisions because privacy involves all three areas [...] privacy’s content covers intimate information, access, and decisions. The problem with understanding privacy as intimacy, however, is that not all private information or decisions we make are intimate*”. J. C. INNES, *Privacy, Intimacy and Isolation*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 56.

<sup>11</sup> De hecho, la primera ley española de protección de datos, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal –LORTAD– (BOE 31 octubre 1992), diferenciaba expresamente entre el concepto de intimidad y privacidad, precisamente para extender la protección de dicha ley cualquiera que fuese el grado de lesión, sin distinguir entre el ámbito privado y el ámbito íntimo, cosa que no se ha vuelto a producir en las siguientes normas que la han venido sucediendo. De acuerdo con la exposición de motivos: “*Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado*”.

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 de 27 de abril 2016 (de acuerdo con sus siglas en inglés, GDPR en adelante), directamente aplicable a los Estados miembros, cuyos principios y articulados han cambiado las reglas del juego en materia de protección de datos.

**16.** No obstante, hay que reconocer que antes de la promulgación del GDPR, la jurisprudencia española ya interpretaba extensivamente el concepto de vida privada, por ejemplo, en la SAN 29 diciembre 2014 (5129/2014), dictada a raíz del procedimiento que elevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en lo que sigue) las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la Sentencia del *Caso Google*<sup>12</sup> y que resulta relevante en la medida que incorpora por primera vez la doctrina del TJUE en el *caso Google* en nuestra jurisdicción<sup>13</sup>.

**17.** También el propio Tribunal Constitucional, al reconocer el carácter autónomo y fundamental del derecho a la protección de datos, en su STC 30 noviembre 2000 (292/2000), invoca el artículo 18.4 de la Constitución española (CE) para reconocer en él la existencia de un nuevo derecho y, para ello, extiende el ámbito de la intimidad del artículo 18.1 CE hacia la protección de la privacidad, donde se insertaría el derecho a la protección de los datos personales, admitiendo que, en ocasiones, ambas figuras pueden llegar a solaparse<sup>14</sup>. Asimismo lo reitera la STC 4 junio 2018 (58/2018), al reconocer que la vida privada de la persona y de su reputación posee en la actualidad un ámbito propio y una dimensión positiva que excede del perímetro del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, encontrando abrigo en el artículo 18.4 CE<sup>15</sup>.

**18.** De este modo, se reconoce el valor constitucional de lo privado en un sentido comunitario, mucho más amplio que la concepción individualista de la intimidad, evolucionando hacia un ideal integrador. Se toma consciencia pues, de que la privacidad no es un valor absoluto sino que tiene un carácter mutable que varía en función del contexto social y que, como señala de LÓPEZ JACOISTE<sup>16</sup> es muy sensible a las conceptualizaciones del momento así como voluble respecto de las amenazas que en cada situación pueden peligrar la integridad de los derechos personales.

**19.** Con todo ello se han intentado paliar las indeseables consecuencias que generaba la impunidad de ciertas intromisiones en la privacidad de las personas que, sin embargo, no cumplían todos los requisitos que para la protección de la intimidad se exigen. De este modo, con el reconocimiento de una esfera de protección mayor, más acorde con la realidad digital y que puede asimilarse con la privacidad, a través de la protección de datos, se procura una tutela jurídica a las nuevas facetas de la vida privada.

<sup>12</sup> STJCE 13 mayo 2014, Google Spain, S.L., *Google Inc.* y *Agencia Española de Protección de Datos*, Mario Costeja González, as. 131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>13</sup> Después de dicha resolución, la Audiencia Nacional hizo públicas las primeras dieciocho sentencias relativas al derecho al olvido, que resolvían los recursos contencioso-administrativos interpuestos por *Google Spain* contra las resoluciones estimatorias de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y cuyo fallo, en base a la doctrina de la STJUE del *caso Google*, fue estimatorio en catorce de dichos casos, entre ellos, la SAN 19 junio 2017 (2562/2017), la SAN 13 julio 2017 (3257/2017) o la SAN 18 julio 2017 (3029/2017).

<sup>14</sup> En este sentido afirma el TC: “Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran” (FJ 5º).

<sup>15</sup> FJ 5º.

<sup>16</sup> J. J. LÓPEZ JACOISTE, “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, nº14, 1986, pp. 1059-1120.

### III. Un orden público europeo en materia de privacidad

#### 1. La protección de datos como motor de cambio

20. El impacto del GDPR ha sido muy significativo a distintos niveles, en términos generales, el Reglamento evidencia la irreversible europeización de la estrategia pública de protección de los derechos fundamentales frente al poder y el avance de la tecnología y la informática, que ya fue iniciada por la derogada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DOUE de 23 noviembre 1995. Asimismo, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>17</sup> consiguió elevar a rango constitucional europeo el derecho fundamental autónomo a la protección de datos y que, además, la jurisprudencia europea –principalmente el TJUE– ha reafirmado con sus numerosos pronunciamientos, argumentando la prevalencia de los derechos fundamentales sobre la tecnología<sup>18</sup>. Todo ello, más específicamente y en relación con lo que venimos tratando, ha supuesto una expansión del concepto de privacidad y de su perímetro de protección, más allá del estricto ámbito concedido a la intimidad, tradicionalmente protegida a nivel doméstico.

21. El GDPR se dicta teniendo en consideración las amenazas que para los derechos fundamentales provocan las nuevas tecnologías, así como el uso masivo de datos derivado de éstas. En este sentido, afirma: *“el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”*<sup>19</sup> y, en consecuencia, apuesta notablemente por dotar a los ciudadanos de auténticos poderes de control sobre su información personal.

22. Esta legislación parte de la idea de que la información personal debe estar sometida al criterio del propio interesado, suponiendo un cambio radical en materia de protección de datos, por una parte, porque dota al titular de los datos de todo tipo de derechos para facilitar la gestión de su información personal en base a sus preferencias (como el derecho de supresión o de portabilidad de los datos) y, de otra parte, porque somete la actuación de empresas privadas y administraciones públicas a los intereses generales de la ciudadanía, obligándoles a adoptar políticas activas de protección de datos y cambiando las reglas de juego existentes.

23. A través de la protección de datos, se amplía el ámbito de protección de la esfera privada de las personas para evitar las injerencias que habitualmente vienen acompañadas del uso y abuso de las nuevas tecnologías, que han sido capaces de romper las fronteras físicas que protegían la privacidad de las personas y que, además, tienen un efecto multiplicador para las lesiones de los distintos derechos de la personalidad.

24. La conformación de un orden público europeo en este sentido, implica una clara apuesta por un modelo garantista de los derechos y libertades de las personas en tanto que configura la protección jurídica de los datos personales –privacidad, en última instancia– como condición material para asegurar la libertad individual de los sujetos, permitiendo el libre desarrollo de su personalidad. Se trata así de adecuar los presupuestos jurídicos a la realidad social para lograr una efectividad de los derechos y libertades fundamentales más allá de la evolución de la técnica y las circunstancias del medio concomitante, ejecutando las funciones del Derecho de adaptarse a la realidad social imperante.

<sup>17</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DOUE de 7 de junio 2016.

<sup>18</sup> C. RUIZ MIGUEL, “El derecho a la protección de datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, pp. 7 ss.

<sup>19</sup> Considerando cuarto del Reglamento (UE) nº 2016/679 del Parlamento 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 de 27 de abril 2016.

**25.** Aunque de forma más bien tímida, sería *ésta una postura deudora del garantismo* elaborado por FERRAJOLI, en relación con su defensa de la subordinación de la legitimidad del ordenamiento jurídico al aseguramiento de las condiciones materiales efectivas de disfrute de los derechos fundamentales<sup>20</sup>. Los derechos fundamentales, en tanto que carecen de un valor ontológico, emergen como respuesta a las dinámicas de transformación social y varían con éstas, garantizando en última instancia el respeto a la dignidad de la persona para desarrollarse de forma plena de acuerdo con el principio general de libertad. Así pues, la garantía unitaria de los derechos y las libertades fundamentales depende de la tutela jurídica del ámbito de la vida privada de los sujetos –definido como privacidad– pues, como ya defendió CONSTANT siglos atrás, cuando diferenciaba entre la libertad de los antiguos –basada en la participación activa y constante en el ejercicio del poder colectivo– y la libertad de los modernos –basada en el disfrute apacible de la independencia privada–, la privacidad es un presupuesto indispensable para la protección de la gran mayoría de los derechos individuales<sup>21</sup>.

**26.** En este proceso, la jurisprudencia europea del Tribunal de Luxemburgo ha sido vital a la hora de configurar la estrategia europea de protección de datos, destaca la ya mencionada sentencia STJUE en el caso *Google*<sup>22</sup> –pronunciamiento que se erigió en el *leading case* en materia de derecho al olvido– que estableció lo que más tarde consagró el Reglamento europeo de protección de datos personales y es el principio de extraterritorialidad de la legislación en materia de protección de datos, haciendo extensible la responsabilidad sobre el borrado de datos personales a los gestores de los buscadores de Internet, incluso cuando no estén domiciliados en España, pero realicen su actividad por medio de un establecimiento permanente sito en ella<sup>23</sup>. Con ello, el Tribunal extiende la aplicación de la legislación comunitaria más allá de los actores europeos, incluyendo también a todos aquellos que desempeñen su actividad en su territorio.

**27.** Asimismo, con su resolución, el TJUE afirmó rotundamente que el tratamiento de datos personales por los buscadores en Internet puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de las personas, en relación con el respeto a la vida familiar y a la protección de los datos personales, cuando la búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, pues ello permite al internauta hacerse una configuración apriorística de una persona en base a la lista de resultados ofrecidos<sup>24</sup>. Por ello, debe entenderse esta sentencia como una declaración del principio general de prevalencia del derecho a la protección de datos de carácter personal, sobre cualquier aspecto o limitación tecnológica, pues toda implementación de herramientas o dispositivos tecnológicos habrá de permitir siempre el ejercicio de este derecho fundamental en sus distintas manifestaciones<sup>25</sup>.

**28.** El Tribunal de Luxemburgo, hace hincapié en el alto nivel de protección otorgado al derecho de protección de datos por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DOUE de 23 noviembre 1995; el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH en adelante)<sup>26</sup> y los principios generales de

<sup>20</sup> Para FERRAJOLI “el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna”. El autor italiano denomina *democracia sustancial* al sistema dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, donde se manifiestan los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, constituyendo así una doctrina de legitimación. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, p. 864.

<sup>21</sup> B. CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Didier, París, 1836, 1836.

<sup>22</sup> STJCE 13 mayo 2014, *Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos*, Mario Costeja González, as. 131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>23</sup> Resolvió así la STJUE que la filial para venta publicitaria de Google en España (*Google Spain*) era un establecimiento que llevaba a cabo tratamiento de datos, pues su actividad estaba indisolublemente ligada a la de su filial en Estados Unidos *Google Inc.* (puntos 55 y 60), rechazando la argumentación del motor de búsqueda en dicho sentido.

<sup>24</sup> Para. 38-40 y 80.

<sup>25</sup> J. PLAZA PENADÉS, “Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre protección de datos y derecho al olvido” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 35, 2014, p. 18.

<sup>26</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, BOE de 10 octubre 1979.

Derecho comunitario, al cual otorga un alcance constitucional derivado del contenido de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>27</sup> (CDFUE en lo que sigue) de 2010 que reconocen, respectivamente, el derecho a la vida privada y a la protección de datos personales. La relevancia jurisprudencial de esta resolución debe entenderse desde una óptica garantista y la necesidad de hacer evolucionar el Derecho al mismo compás que la sociedad. En un momento en que la desconexión tecnológica parece ya imposible, deben darse respuestas jurídicas a los problemas que ocasionan las nuevas herramientas tecnológicas respecto de los derechos y las libertades consolidados.

**29.** En términos generales, la jurisprudencia del TJUE constituye una referencia precisa sobre los enormes riesgos potenciales para la privacidad del individuo que derivan del uso de servicios y dispositivos tecnológicos en los que se almacena abundante información personal sin que el principio de territorialidad estatal pueda satisfacer las garantías necesarias para evitar la lesión en la vida privada. Por ello, la fuerza expansiva extraterritorial de los pronunciamientos del TJUE ha sido un factor clave a la hora de proteger los derechos de los ciudadanos europeos más allá de las fronteras de la Unión.

**30.** De hecho, el TJUE se ha convertido en un auténtico juez garante de la privacidad ante la evolución tecnológica global como se ha podido observar en muchas de sus resoluciones como el *caso Digital Rights* en relación con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE<sup>28</sup>, DOUE de 14 abril 2016; el *caso Facebook* respecto del Safe Harbour<sup>29</sup> o, como se ha mencionado anteriormente, el *caso Google*<sup>30</sup>, para el derecho al olvido<sup>31</sup>. El reconocimiento por el artículo 8 del CEDH de la protección de la intimidad y la vida privada propicia el marco de referencia normativo adecuado para el posterior desarrollo jurisprudencial por el *case law* de la esfera de privacidad del sujeto.

**31.** En este sentido, puede observarse el reconocimiento del habeas data como un poder activo de control sobre la privacidad, tal y como dispone la STEDH 3 abril 2017, *Copland v. United Kingdom*, as. 62617/00, ECLI:EU:ECHR:2008:1204JUD003056204<sup>32</sup>, o la interrelación construida por el Tribunal de Estrasburgo entre vida privada y protección de datos, en el leading case STEDH S. 4 diciembre 2008, *and Marper v. United Kingdom*, as. 30562/04 and 30566/04 [GC]<sup>33</sup>.

**32.** Así pues, se constata la conformación de un orden público europeo en materia de protección de datos, con la intención de proteger el sentido y finalidad comunitaria en estas cuestiones. Por este motivo, el GDPR trata de aportar un régimen unitario y global en materia de protección de datos, con una voluntad claramente integradora cuya finalidad es reducir el margen de actuación de los órdenes públicos internos e internacionales en la materia, como puede observarse en el cambio de estrategia normativa, pasando de una Directiva –la *Directiva 95/46/CE*– a un Reglamento –el *GDPR 2016/679*<sup>34</sup>–,

<sup>27</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DOUE de 7 de junio 2016.

<sup>28</sup> STJCE 8 abril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, as. 293/12, ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>29</sup> STJCE 6 octubre 2015, *Maximillian Schrems*, as. 362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

<sup>30</sup> STJCE 13 mayo 2014, *Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, as. 131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>31</sup> M. ARENAS RAMIRO, “El derecho a la protección de datos personales en la jurisprudencia del TJCE”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Vol. 4, 2006, p. 97.

<sup>32</sup> “este Tribunal considera que la obtención y almacenamiento de datos personales obtenidos sin el conocimiento previo del sujeto, a partir de su teléfono móvil o su cuenta de correo electrónico, supone una interferencia en el disfrute de su esfera personal de privacidad” (para. 44). De este modo, se lleva a cabo una interpretación del art. 8 CEDH mediante la cual se entiende incluido dentro del derecho a la vida privada el propio control de la información personal obtenida por terceros, permitiendo con ello la limitación de las posibles interferencias en la esfera de privacidad del sujeto dentro del contexto *Big data*.

<sup>33</sup> “el mero almacenamiento de datos personales, relacionados con la vida privada de un sujeto equivale a una inferencia en el sentido del art. 8, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar”, para. 67.

<sup>34</sup> El propio GDPR reconoce que, aunque los objetivos de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos, la aplicación dispar

precisamente para evitar las disparidades existentes entre los Estados miembros (en especial, en materia sancionadora y acerca de la legitimación pasiva) y seguir una estrategia común con una clara intención europeizadora en la cuestión<sup>35</sup>.

33. Este nuevo orden público europeo en materia de privacidad se plantea en algunos casos, como se verá a continuación, con cierta distancia respecto de los órdenes internos e internacionales de los Estados miembros en materia de privacidad, que han tenido que adaptar sus modelos al estándar europeo. En el caso español, por ejemplo, ello ha obligado a incrementar las fronteras de protección constitucional de lo privado, como puede observarse en la SAN 25 julio (3260/2017), donde la Audiencia Nacional señala que el derecho a la protección de datos personales, de conformidad con el GDPR, tiene un objeto mucho más amplio que el derecho a la intimidad, al extender su garantía a la esfera de los derechos de la persona que pertenecen al ámbito de la vida privada, más allá del núcleo constitucional reservado para la intimidad, incluyendo así a cualquier tipo de dato personal ya sea éste íntimo o no.

## 2. Disonancias con los órdenes internos e internacionales. Especial mención al caso del Reino Unido

34. Sin embargo, este nuevo orden público europeo ha colisionado con las conceptualizaciones propias de los Estados miembros, provocando conflictos respecto de su armonización a efectos materiales con las normativas nacionales en materia de protección de datos. Así ocurrió, por ejemplo, tal y como se incidirá a continuación, con el Reino Unido y su noción del *right to privacy*, condicionada por la tradición jurídica de *common law* y la articulación de la Human Rights Act 1998, de 9 de noviembre de 1998, así como la máxima *rule of law* en dicho sistema jurídico.

35. En nuestro sistema jurídico, ya desde un primer momento, la publicación del GDPR suscitó dudas sustanciales en cuanto a la articulación de los derechos de transparencia, información, acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad de datos y oposición, todos ellos recogidos en el reglamento, con los tradicionales derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de la doctrina española. Esta discrepancia entre órdenes públicos en la materia, también se ha puesto de relieve como evidencia la reciente STS 27 noviembre 2020 (1624/2020), acerca del ejercicio del derecho al olvido y en donde queda reflejada la disparidad de criterios en torno a la conceptualización de la identidad de toda persona y al significado del nombre y los apellidos de cada individuo.

36. En este caso concreto, la cuestión se plantea porque el demandante pretende obtener la desindexación de los enlaces que ofrece un determinado buscador cuando se introduce su nombre y su apellido en el mismo, lo que considera una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada. Sin embargo, al interesado se le deniega el ejercicio de su derecho de supresión alegando, por una parte, que la legislación española reguladora del Registro Civil, que es la encargada de determinar cuáles son los elementos identificativos de los ciudadanos, considera que una persona se identifica inequívocamente por su nombre y sus dos apellidos<sup>36</sup>. Por otra parte, según dispone la sentencia de instancia, se infiere de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *Caso Google*, que sólo procede estimar

---

y fragmentada de la misma por parte de los distintos Estados miembros, ha generado inseguridad jurídica y no ha permitido hacer frente a los riesgos existentes para la protección de datos. Literalmente, en su considerando 9: “Esta diferencia en los niveles de protección se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE”.

<sup>35</sup> Ello también puede observarse con la decisión del GDPR de extender el principio de extraterritorialidad más allá del territorio de la Unión (artículo 3) o la previsión de adoptar medidas de privacidad desde el diseño y por defecto para la protección de datos (artículo 25), tratando de crear una política común europea en la materia y de extender los estándares europeos más allá de las fronteras de la UE.

<sup>36</sup> Según el artículo 53 de la Ley de 8 de julio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE de 6 diciembre) “Las personas son designadas por su nombre y apellidos”.

una reclamación de desindexación cuando la búsqueda se realice a partir de los dos apellidos de la persona afectada y no exclusivamente a partir de uno, por muy singular que éste sea.

Resolviendo el recurso de casación, finalmente el Tribunal Supremo estima que la legislación europea y la jurisprudencia del TJUE no pueden verse limitadas por las operativas de los Estados miembros y su regulación interna en materia registral pues ello supondría contravenir “*el espíritu y finalidad tuitiva de la normativa de la Unión Europea*” (FJ 3º) y, en consonancia, ampara el derecho de supresión del interesado.

**37.** Precisamente, en relación con esta cuestión, el legislador nacional ha dado un paso atrás en el espíritu garantista de la norma comunitaria en materia de protección de datos dado que, a través del artículo 93 de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 10 junio 1957) –LOPDGDD–, limita de facto el derecho al olvido, restringiendo su actuación exclusivamente respecto de las búsquedas realizadas por nombres y apellidos no afectando ello a las fuentes originales y, por tanto, a las búsquedas que se realicen por cualquier otra palabra o término. Esta interpretación era la originaria del TJUE pero debe considerarse ya superada pues meramente obedece al carácter embrionario del derecho al olvido<sup>37</sup> y, sin embargo, en la práctica, esta postura supone una indefensión para el interesado por la excesiva carga procesal que acarrea tratar de borrar de la lista de resultados sus datos personales en función de todas las variantes disponibles para acceder a ellos y que, en definitiva, supone que dicha información no desaparecerá nunca de Internet.

**38.** Así pues, en materia de protección de la vida privada y familiar, más allá de los contornos propios de cada Estado miembro (por ejemplo, legislando acerca de la edad de los menores para prestar el consentimiento o respecto del alcance del derecho al olvido sobre las *webmaster* fuente) parece clara la conformación de un orden público europeo que, además, se ha revelado como la mejor estrategia, desde una óptica garantista, para velar por el respeto a los derechos y libertades fundamentales en materia de protección de datos.

**39.** El caso del Reino Unido ha sido especialmente peculiar en esta materia por diversos motivos. Primeramente porque, si bien se ha convenido en situar la creación del derecho a la privacidad en el artículo que en 1890 escribieron WARREN y BRANDEIS titulado “*The right to privacy*”<sup>38</sup>, la evolución de este nuevo derecho se desarrolló de forma distinta en la vertiente americana y anglosajona del *common law*. Históricamente, el *common law* anglosajón no reconocía ningún derecho a la privacidad<sup>39</sup> ni tampoco contemplaba un derecho de responsabilidad civil, sin embargo, sí que ofrecía remedios parciales, principalmente, a través de las figuras de la *breach of confidence* (revelación de secretos), el *trespass* (allanamiento), la *nuisance* (perjuicio, molestias) o la *defamation and malicious falsehood* (difamación).

**40.** Así, pese a que en el ordenamiento jurídico británico no es posible encontrar definición alguna del derecho a la privacidad, debido al reconocimiento sectorial y específico de algunas de sus facetas, en la práctica anglosajona la vida privada engloba una multiplicidad de garantías: el derecho a no ser molestado, de evitar la publicidad de ciertos aspectos personales, a la protección del copyright, a estar libre de injerencias por parte de las autoridades públicas, a la propiedad privada, a la confidencialidad, a un tratamiento de datos personales justo y adecuado a la Ley, a no ser fotografiado en estancias privadas, al secreto empresarial, etc.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión, puede destacarse la posición de living instrument conferida al Convenio, en la STEDH 25 abril 1978, *Tyrer v. United Kingdom*, as. 5856/72, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672. Considerar el CEDH como un *instrumento vivo* supone reforzar, no únicamente la vigencia del texto, sino la propia protección de los derechos humanos contenidos en su articulado. Efectivamente, cuando el Tribunal de Estrasburgo desarrolla una interpretación atendiendo al objeto y propósito del Convenio, lo hace de acuerdo con la realidad cambiante propia de las sociedades democráticas de los Estados parte.

<sup>38</sup> S. D. WARREN/ L.D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, 1890.

<sup>39</sup> “[In United Kingdom] *the common law has not developed an overall remedy for the invasion of privacy*”, Court of House Lords 16 octubre 2003, *Wainwright v. Home Office*, [2003] UKHL 53, 3 WLR 1137.

41. No fue hasta el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, primer instrumento internacional jurídicamente vinculante adoptado en el ámbito de la protección de datos, cuando el Reino Unido estableció los pilares de lo que sería el derecho a la protección de datos moderno, a través de la Data Protection Act 1984, de 12 de julio de 1984, convirtiéndose en una de las primeras leyes en materia substancial de protección de datos en todo el mundo. Por ello, tradicionalmente, en el Reino Unido se ha vinculado la tutela de la privacidad con la protección de datos ya que, a través de esta legislación específica –que sí que goza de protección específica y se configura como una obligación legal clara– se ha concretado un derecho más amplio como la privacidad, aunando tradicionalmente ambos conceptos hasta el punto de servirse como sinónimos en determinadas ocasiones<sup>40</sup>.

42. La aprobación de la Human Rights Act 1998, de 9 de noviembre de 1998 (HRA en adelante), supuso un punto de inflexión en la materia en tanto que, a partir de entonces, se incorporaron a la legislación británica los derechos y libertades garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH en lo que sigue), resultando directamente aplicables, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) interpretando dichos preceptos, dejando éste de ser un órgano de segunda instancia<sup>41</sup>. La HRA, paliando la ausencia de una *Bill of Rights* en el ordenamiento constitucional británico, convirtió el CEDH en Derecho vinculante para los poderes públicos británicos, proclamando los derechos recogidos en la nueva norma como una suerte de declaración de derechos fundamentales para su ciudadanía<sup>42</sup>.

43. La entrada en vigor de la HRA supuso el reconocimiento del derecho a la privacidad gracias a su artículo 8 –que reproduce literalmente el contenido del Artículo 8 del CEDH<sup>43</sup>–, derecho que no había tenido soporte legal específico en la legislación británica pero que, a partir de entonces, se instituyó como un bien jurídico autónomo a proteger, aproximándose a la doctrina más continental<sup>44</sup>. Desde un punto de vista formal, el artículo 8 comprende cuatro elementos: vida privada, vida familiar, hogar y correspondencia pero, sin embargo, aunque la garantía de este precepto es heterogénea –protegiendo desde la identidad sexual hasta la protección de datos personales–, redundante en la protección de la esfera personal de un individuo, confiriéndole un espacio seguro y libre de injerencias salvo en algunas circunstancias y por motivos tasados<sup>45</sup>.

44. Además de convertir en vinculante el contenido del CEDH, la HRA impone a todos los poderes públicos la obligatoriedad de actuar, en el ejercicio de sus funciones, de forma compatible con los derechos del CEDH, lo que incluye también a la judicatura<sup>46</sup>. A partir de entonces, los órganos ju-

<sup>40</sup> K. A. BAMBERGUER/D. K. MULLIGAN, *Privacy on the Ground. Driving Corporate Behavior in the United States and Europe*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 2015, p. 150.

<sup>41</sup> “*Bring Rights Home*” fue el eslogan utilizado por el partido laborista, entonces en el gobierno, para escenificar la importancia de la aprobación de la HRA. De hecho, en la presentación del proyecto de la HRA, se incidió en que dicho texto normativo no suponía la creación de nuevos derechos para los británicos sino que se dotaba de eficacia directa a los mismos con el objetivo de que los tribunales dispusieran de mecanismos suficientes para su efectiva protección. Sin embargo, eran muchos los derechos del CEDH que no se recogían en el *common law* británico, entre ellos, el derecho a la vida privada y familiar.

<sup>42</sup> Sobre la *Human Rights Act* y la vinculación del CEDH al sistema jurídico británico, desde la perspectiva del sistema de justicia penal, recomendamos la publicación de J. CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 179-207.

<sup>43</sup> 1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>44</sup> La trascendencia de la HRA en este contexto se puso de relevancia por Lord Hoffman en el famoso *caso Campbell*: “lo que ha hecho la *Human Rights Act* es identificar la vida privada con algo que merece la pena proteger, como un aspecto fundamental de la autonomía personal y la dignidad humana”, *Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] UKHL 22.

<sup>45</sup> *Connors v. United Kingdom* [2005] 40 EHR 9.

<sup>46</sup> La jurisprudencia anglosajona ya había puesto de relieve la desprotección de los ciudadanos en su esfera privada y la

risdccionales del Reino Unido tienen la obligación de interpretar la legislación de conformidad con el Convenio así como acatar en todo lo posible la jurisprudencia emanada del TEDH.

45. De hecho, la jurisprudencia del TEDH y su forma de interpretar el artículo 8 del Convenio ha sido esencial en la formación y aplicación jurídica del derecho a la privacidad por los tribunales británicos, concediendo virtualidad al artículo 8 de la HRA así como dotándolo de contenido<sup>47</sup>. Se han venido integrando elementos diversos que incluyen, desde aspectos eminentemente íntimos (como la integridad física y psicológica<sup>48</sup>, la identificación del género, el nombre, la orientación o vida sexual)<sup>49</sup>, hasta elementos con un componente más social, al entender que dicho precepto protege también el derecho a la identidad y el desarrollo personal y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior<sup>50</sup>.

46. Este último aspecto supuso un punto de inflexión al extender la protección de la privacidad fuera de la esfera estrictamente personal, en base a la existencia de una zona de interacción interpersonal que, incluso en un contexto público, puede subsumirse dentro del ámbito de la vida privada<sup>51</sup>. De este modo, la protección de la vida privada rebasa la estricta esfera íntima de una persona<sup>52</sup> y va mucho más allá de una prerrogativa ciudadana al constituir una obligación positiva del Estado que tiene que disponer los instrumentos necesarios para impedir que los individuos sufran cualquier interferencia en su ámbito más privado ya sea por parte de otros individuos, administraciones públicas<sup>53</sup> o empresas

---

injusta impunidad de ciertas conductas lesivas debido a la omisión de un remedio legal a tal efecto: “*It is well-known that in English law there is no right to privacy, and accordingly there is no right of action for breach of a person’s privacy. The facts of the present case are a graphic illustration of the desirability of Parliament considering whether and in what circumstances statutory provision can be made to protect the privacy of individuals*”. The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (civil división) 16 marzo 1991, *Kaye v. Robertson*, [1991] FSR 62.

<sup>47</sup> Como se ha visto, el contenido literal del artículo 8 del CEDH emplea términos muy genéricos como “vida privada” o “injerencia” sin añadir nada más a dichas definiciones. La brevedad de la referencia no es casual, obedece a una estrategia global con finalidad garantista y voluntad de permanencia, para facilitar su aplicación al máximo de supuestos inimaginables. Así, se evita limitar el ámbito de protección mediante la introducción de notas características o requisitos que puedan inutilizar la aplicación del derecho a futuras circunstancias. Otra cuestión distinta es si, las legislaciones domésticas no incorporan más detalladamente y conforme a sus estándares nacionales estos derechos y libertades que, igualmente serán realizables y exigibles ante los Tribunales, pudiendo ello indicar una falta deliberada de su garantía pero no su inexistencia o ineficacia. Sin embargo, esta generalidad, ha hecho necesario que la jurisprudencia desarrolle y perfile el contenido de dicho precepto en numerosas ocasiones. Así por ejemplo, los tribunales han determinado que una condena penal no supone por sí misma una interferencia con la “vida privada”, pues el artículo 8 no protege al individuo frente a una pérdida de reputación que tiene lugar por una mala praxis del sujeto o cuando se trate de un acto u omisión que haya tenido lugar respecto de una persona con un cargo público en el ejercicio de sus deberes. STEDH 3 abril 2012 (GC), *Gillberg v. Sweden*, as. 41723/06, [2012].

<sup>48</sup> La jurisprudencia ha matizado que en ella se integra también la salud mental, como un elemento esencial de la vida privada, asociado con el aspecto de la identidad moral. Entre otras, STEDH 28 enero 2003, *Peck v. United Kingdom*, as. 44647/98, [2003] ECHR 44, (2003) 36 EHRR 41, [2003] 36 EHRR 719.

<sup>49</sup> Es tal la amplitud del precepto que ha sido invocado en supuestos tan extremos como la determinación de una calidad de vida suficiente de acuerdo con la dignidad humana y el desarrollo de la propia personalidad. Así se determinó en la STEDH 29 abril 2002, *Pretty v. United Kingdom*, as. 2346/02 [2002] ECHR 423, en la que el TEDH aceptó la aplicabilidad del artículo 8 en un caso de asistencia al suicidio.

<sup>50</sup> Court of Appeal 11 marzo 2022, *A v. B plc*, [2022] 3 WLR 542.

<sup>51</sup> Por ello, las expectativas razonables de privacidad de una persona, aunque son un factor significativo, no es determinante pues hay ocasiones en que las personas se involucran en actividades a sabiendas de que son o pueden ser divulgadas públicamente.

<sup>52</sup> Estas distintas facetas del artículo 8 pueden observarse a través de la distinta jurisprudencia al respecto, entre otras, la ST-EDH 16 diciembre 1992, *Niemietz v. Germany*, as. 13710/88 [1992] 16 EHRR 97, donde el TEDH advirtió de que el concepto “vida privada” no podía quedar limitado al círculo personal en el que un individuo elige vivir su vida, sino que debe ir más allá, abarcando un círculo mayor en el que una persona se relaciona con otras; la STEDH 12 enero 2010, *Gillan v. UK*, as. 4158/05 [2010], donde la Corte de Estrasburgo afirmó que este derecho incluía la búsqueda de los orígenes personales, en relación con el desarrollo de la personalidad individual; la STEDH 24 febrero 1998, *Botta v. Italy*, as. 21439/93 [1998] 26 EHRR 241, donde este precepto se enfocaba hacia el derecho a la autodeterminación personal; o la STEDH 20 marzo 2007, *Tysiac v. Poland* as. 5410/03, [2007] 22 BHRC 155 en el que se ponía de relieve el alcance a la integridad física o moral.

<sup>53</sup> High Court of Justice Queen’s Bench Division 14 febrero 2002, *Theakston v. MGN Ltd*, [2002] EMLR 398.

privadas, reconociendo el efecto horizontal de dicho precepto<sup>54</sup> en la posibilidad de ejercitarse entre particulares<sup>55</sup>.

47. Así pues, el derecho a la privacidad comporta obligaciones negativas pero también positivas para las autoridades públicas<sup>56</sup> que deben abstenerse de producir injerencias al tiempo que adoptan políticas públicas de protección<sup>57</sup>. Este aspecto dual le ha dado al precepto gran parte de su notoriedad, tanto en el derecho europeo como en el doméstico pues, desde las primeras decisiones en virtud del artículo 8 que reconocían obligaciones positivas cuando se derivaban consecuencias graves para los derechos fundamentales, el aspecto positivo de éste ha representado una parte muy significativa de la jurisprudencia del TEDH<sup>58</sup>.

48. Sin embargo, la interpretación del TEDH también ha evidenciado la discrepancia entre órdenes públicos pues, por ejemplo, en algunos casos ha extendido el paraguas legal del artículo 8 dotando de protección a personas jurídicas<sup>59</sup>, lo que ha sido un aspecto muy controvertido debido a que el Derecho inglés, igual que ocurre con la difamación y la reputación, no reconoce esta protección jurídica más allá de las personas físicas<sup>60</sup>.

49. El valor otorgado por dicha normativa a la jurisprudencia del TEDH, junto con el valor tradicional que se le brinda a jueces y tribunales británicos en el derecho anglosajón –mediante normas estatutarias y los instrumentos clásicos del *common law* como la *breach of confidence* o el *trespass*, que han servido para instrumentalizar las garantías introducidas por la HRA–, han conferido una gran flexibilidad al concepto y garantía de la privacidad.

50. Todo esto teniendo en cuenta que conceptualizar la privacidad ha resultado particularmente difícil para la doctrina británica, fundamentalmente porque en la tradición jurídica del *common law* no ha existido históricamente un ámbito consistente para la protección de la privacidad personal, sino que ésta a menudo viene identificada como una cortapisa a la esfera de libertad personal, conceptos que a menudo entran en colisión y que en la doctrina británica se presentan inherentemente ligados. Por ello, la aprobación de la Human Rights Act 1998 constituye un elemento fundamental para la protección de la privacidad en la legislación británica, ya que permitió dotar a los tribunales británicos de herramientas efectivas para otorgar su reconocimiento directo y explícito pues, antes de la aprobación de la HRA, la legislación inglesa no era capaz de dar respuestas satisfactorias a problemas sociales cotidianos<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> Court Chancery Division (Ch) 7 noviembre 2003, *Michael Douglas & Catherine Zeta-Jones v. Hello! Ltd*, [2003] EWHC 2629. De este modo, el derecho a la privacidad no sólo es accionable verticalmente por una persona individual frente al Estado, sino que también tiene efectos horizontales indirectos, pudiendo ejercitarse entre particulares. De hecho, el artículo 8 del CEDH es, mayoritariamente invocado en disputas entre particulares o entre particulares y corporaciones y, en menor medida, frente al Estado.

<sup>55</sup> Esta extensión del artículo 8 del CEDH hacia las disputas entre particulares ha tenido gran apoyo de la jurisprudencia, siendo el caso *X v. The Netherlands*, de 26 de marzo de 1985, ECHR 4 [1985] 8 EHRR 235, el más significativo.

<sup>56</sup> Estas obligaciones positivas pueden ser de la más diversa índole pudiendo consistir, por ejemplo, en medidas legislativas encaminadas a garantizar el consentimiento informado (STEDH 23 marzo 2010, *MAK and RK v. United Kingdom*, as. 45901/05 y 40146/06 [2010] ECHR 363) o a la prevención de la violencia doméstica (STEDH 14 octubre 2010, *A v. Croatia*, as. 55164/08).

<sup>57</sup> Así, en la STEDH 26 marzo 1985, *X and Y v. the Netherlands*, as. 8978/80 ECHR 4 [1985] 8 EHRR 235, el TEDH afirmó: “[Article 8] does not merely compel the state to abstain from interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life [...] these obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of relations between individuals themselves”.

<sup>58</sup> J. WADHAM/H. MOUNTFIELD/E. PROCHASKA, *Blackstone's guide to The Human Rights Act*, 1998, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 232.

<sup>59</sup> STEDH 16 enero 2008, *Wieser and Bicos Beteiligungen v. Austria*, as. 74336/01 [2008] 46 ECHR 54.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia 7 abril 1993, *Derbyshire County Council v. Times Newspapers*, [1993] AC 534, la Cámara de los Lores determinó que una autoridad pública no puede instar una demanda por ataques a su reputación.

<sup>61</sup> Como puso de relevancia el caso *Kaye v. Robertson* en 1991 en el que no se pudo prohibir la publicación de unas fotografías tomadas ilegítimamente en el interior de un hospital porque, de acuerdo con la ley británica, no había ninguna previsión legal al respecto pese que era notorio por el tribunal, que se estaba cometiendo una injusticia, tal como dispuso en el fallo

51. Queda patente como la evolución del modelo de protección de la privacidad en el Reino Unido reviste ciertas peculiaridades, empezando por la dicotomía de su sistema legal, que ha llegado a aunar dos corrientes aparentemente contrapuestas, esto es, de un lado su tradición jurídica del *common law*, íntimamente ligado al precedente judicial y, de otro, un positivismo jurídico creciente a raíz de la integración europea, adoptando el principio de soberanía nacional mediante el cual se legitima al Parlamento para legislar en cualquier ámbito del Derecho. Este particular fenómeno se une al hecho de que el Reino Unido no cuenta con una constitución escrita, sino con lo que ha sido llamado “*unwritten constitution*”, que otorga fuerza vinculante al *common law*, a las disposiciones normativas de origen parlamentario así como a los tratados internacionales, y es a través de estos instrumentos y siguiendo el criterio orientador de la *rule of law*<sup>62</sup>, que se provee a la ciudadanía de derechos y libertades exigibles.

52. Recientemente, se ha detectado una disminución notable del modelo británico de protección de la privacidad, a consecuencia de la legislación dictada en los últimos quince años, cuyo exponente máximo lo encontramos en la Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (DRIPA), de 17 de julio de 2014, declarada contraria al Derecho de la UE<sup>63</sup>. Por otra parte, con la consolidación del *Brexit* y para evitar acabar con el flujo de datos entre el Reino Unido –que ha pasado a considerarse un tercer estado– y la UE, el Gobierno británico ha aprobado la Data Protection Act 2018, de 25 de mayo de 2018, contemplando en su legislación doméstica el marco normativo europeo forjado con el GDPR. Sin embargo, se plantean numerosos retos futuros, sobre todo, teniendo en cuenta que el Reino Unido parece proclive a abandonar el CEDH lo que pondría en peligro el esquema normativo determinado por la Human Rights Act 1998, de 9 de noviembre de 1998.

53. Así las cosas, las discrepancias entre órdenes en materia de privacidad son evidentes pues, siguiendo con los ejemplos mencionados, mientras que el legislador español tradicionalmente ha consreñido su protección a la esfera de la estricta intimidad, en el derecho inglés históricamente ni siquiera ha existido una noción equivalente. Por eso, la construcción de un orden público europeo en la cuestión ha devenido un factor clave en la tutela de la privacidad tal y como la coyuntura digital actual lo requiere, acabando con la disparidad normativa y de conformidad con la función adaptativa del Derecho a la realidad social.

#### IV. Conclusiones

54. El siglo XXI se caracteriza por una omnipresencia de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la vida individual y colectiva, constituyendo un enorme cauce de desarrollo de la condición humana en todas sus esferas y provocando, en un periodo de tiempo relativamente corto, un cambio profundo en diversas facetas de la vida humana, desde el modo de comunicarse hasta el sistema de consumo, incluso en los propios patrones de comportamiento.

---

final de la sentencia: “*This case nonetheless highlights, yet again, the failure of both the common law of England and statute to protect in an effective way the personal privacy of individual citizens*”. The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (civil división) 16 marzo 1991, *Kaye v. Robertson*, [1991] FSR 62.

<sup>62</sup> El concepto *rule of law* es de una complejidad enorme, pues es un concepto “vago en lo que respecta a su contenido y promiscuo” en lo relativo a las funciones a desarrollar en un sistema constitucional que tiene la peculiaridad de no tener una norma constitucional. J. RAZ, “The rule of law and its virtue” en *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 211.

<sup>63</sup> La STJCE 21 diciembre 2016, *Tele2 Sverige AB & Others v. Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*, as. 203/15 y 698/15, ECLI:EU:C:2016:970; declaró que la *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* (DRIPA), carecía de las salvaguardas mínimas y, en consecuencia, resultaba incompatible con la UE. Esta norma es la antecesora de la actual *Investigatory Powers Act 2016* que la derogó y que ha devenido también muy polémica en tanto que aumenta considerablemente las prerrogativas de las autoridades británicas frente a la legislación anterior, cuyas extralimitaciones fueron las que llevaron al TJUE a declararla contraria a las leyes de la Unión.

**55.** Este conjunto de factores, inherentes al desarrollo de la sociedad y aparejados a un gran número de ventajas y efectos positivos, también ha repercutido directamente en los derechos y las libertades, cuyo alcance y ejercicio se ha visto perturbado debido a la gran potencialidad lesiva de las tecnologías del *Big data*. La proliferación de datos personales que ocasionan éstas así como la memoria virtual y permanente que supone Internet, generan un almacenamiento, procesamiento y transferencia de información personal continuo que, en ocasiones, produce vulneraciones al derecho a la privacidad de los sujetos.

**56.** Parece evidente que la sociedad avanzada requiere repensar los términos y los medios de protección de la esfera privada de sus ciudadanos, como consecuencia lógica del desarrollo garantista de la intimidad personal frente a los desafíos que la nueva coyuntura ofrece para los bienes jurídicos. Las nuevas facetas de la vida privada requieren nuevos medios de tutela jurídica que deben ampliar su rango de protección en tanto que la esfera privada ha sido exponencialmente puesta en riesgo. En este sentido, las intromisiones en la privacidad de las personas, cada vez más frecuentes gracias a la intermediación de fenómenos relacionados como el avance de las nuevas tecnologías, la expansión del *Big data* o la democratización de Internet, no pueden quedar impunes por no cumplirse los requisitos que, tradicionalmente, se han venido exigiendo para la definición y la protección de la vida privada y familiar.

**57.** Así, en el contexto de la protección de datos, hablamos de privacidad para referirnos a la esfera de libertad que todo ser humano tiene respecto de sus datos de carácter personal, información que, si bien no en todas las ocasiones puede lesionar su intimidad, afecta a otra esfera menos restringida pero igualmente protegida por el Derecho. En consecuencia, debe abandonarse la concepción tradicional de la vida privada como un *status* negativo pues la protección de la privacidad, sin duda es un derecho activo de control, de autodeterminación, que permite a cada individuo controlar el ámbito de privacidad deseado, concediéndole asimismo herramientas efectivas para reaccionar frente a cualquier vulneración<sup>64</sup>.

**58.** Para la protección de la vida privada de los individuos en su conjunto, capaz de respetar la integridad de sus derechos y libertades, deviene necesario llevar a cabo una refundamentación de la privacidad que permita representar una esfera personal del sujeto libre de injerencias de terceros, mucho más amplia que el tradicional concepto de intimidad y como presupuesto indispensable para el ejercicio de la libertad individual, en tanto que es una garantía esencial para la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de plena adecuación con el paradigma actual.

**59.** Se pretende así, reconocer la pluralidad de manifestaciones que tiene la esfera privada, concediendo a todas ellas protección jurídica, cuyo contenido, no obstante, variará de mayor a menor, en función de la cercanía al núcleo más íntimo de la personalidad. Asimismo, esta concepción de la privacidad, permite su protección más allá de los patrones existentes en cada momento determinado en tanto que la mutabilidad que le caracteriza obliga a ponerla en relación con el contexto histórico-social, el entorno cultural, el bien común y el *status* de la autonomía individual, en tanto que se trata de un concepto subjetivo también susceptible de influencias externas<sup>65</sup>.

**60.** Esto es lo que se ha tratado de hacer desde las diversas instancias europeas, mediante la promulgación de una legislación específica que sienta las bases de una estrategia comunitaria global así como adaptando los instrumentos jurídicos a las circunstancias concomitantes, desde de la jurisprudencia

---

<sup>64</sup> WESTIN fue un pionero al examinar la privacidad desde un punto de vista positivo, identificando la privacidad con la facultad de control sobre nuestras propias informaciones. En este mismo sentido se posiciona el Reglamento europeo de protección de datos cuando hace mención al *habeas data* y configura la privacidad como una facultad de autodeterminación. A. F. WESTIN, *Privacy and freedom*, Athenaeum, New York, 1967.

<sup>65</sup> La privacidad no es un valor absoluto por lo que la diversidad cultural y las infinitas vertientes de moralidad existentes convierten en una tarea extremadamente difícil estudiar la privacidad desde una perspectiva universal. Partiendo de la base de que la colectividad hace las normas y que el Derecho, al menos en las sociedades democráticas, es un conjunto de pautas de comportamiento comúnmente aceptadas, podemos concluir que éstas varían en función del contexto cultural.

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gracias a la conformación de un orden público europeo en materia de privacidad se reconoce la pluralidad de manifestaciones que tiene la esfera privada, concediendo a todas ellas protección jurídica, partiendo de las circunstancias sociales, culturales e históricas que aconsejan ampliar el concepto y la garantía de lo privado desde una concepción unitaria y global<sup>66</sup>.

**61.** Las nuevas tecnologías e Internet no han creado nuevos bienes jurídicos protegidos, ni sustanciales cambios en los principios y valores del ordenamiento jurídico, pero indiscutiblemente han producido un aumento considerable de las vulneraciones de la esfera privada de los sujetos, llegando a ocasionar nuevas formas de lesión. Ello ha provocado un cambio de estrategia jurídica, con la intención de adaptarse a las nuevas circunstancias del medio, caracterizado por la participación de Internet en la vida privada y el almacenamiento y tráfico de datos personales inherente a las tecnologías del *Big data*, para tratar de dotar de garantía jurídica a los sujetos.

**62.** La reacción por parte del Derecho al escenario descrito, en su función de desarrollar mecanismos jurídicos adecuados para atender nuevas realidades, viene presidido por la creación de una estrategia europea común en materia de protección de datos que, entre otras cosas, pasa necesariamente por reconocer un ámbito de garantía de la vida privada más allá de la tradicional intimidad, concediendo protección jurídica a ciertos ámbitos personales de los individuos que, sin penetrar necesariamente en su estricta intimidad, calan en su esfera más privada, ocasionando igualmente molestias y perjuicios.

**63.** La conformación de un nuevo orden público europeo en materia de privacidad, ha venido ocasionando conflictos por las divergencias existentes en el propio concepto y significación de lo privado con los Estados miembros cuyos órdenes públicos internos e internacionales colisionan en esta cuestión. Así, por ejemplo, en España este conflicto se vislumbró con la publicación del Reglamento (UE) n° 2016/679 del Parlamento 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, entre otras muchas cuestiones, porque suscitaba dudas sustanciales en cuanto a la articulación de sus postulados con los tradicionales derechos ARCO de la doctrina española. También ha quedado reflejada la disparidad de criterios en torno a la conceptualización de la identidad de toda persona, por ejemplo, en cuanto al significado del nombre y los apellidos en este sentido.

**64.** En este caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resultado esencial para la protección de la privacidad, en conjunción con la protección de los datos personales, en nuestro ordenamiento, ocasionando una apertura del ámbito de tutela frente al reducto de garantía de la intimidad personal tradicionalmente concedido en la legislación doméstica. Como ejemplo paradigmático, la STJCE 13 mayo 2014, Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, as. 131/12, ECLI:EU:C:2014:317, que constituye el *leading case* en materia de derecho al olvido, estableciendo lo que más tarde consagró el GDPR, entre otros, el reconocimiento del principio de extraterritorialidad, extendiendo la legislación y la estrategia comunitaria en materia de protección de datos más allá de los actores europeos.

**65.** El caso del Reino Unido es el ejemplo por antonomasia, primeramente porque su tradición jurídica del *common law* difiere notablemente del sistema continental en cuestiones tan básicas como la

---

<sup>66</sup> En este sentido, señala RALLO LOMBARTE que la constitucionalización española del fenómeno informático en sede de garantía de derechos fundamentales, debe analizarse desde una perspectiva global y comparada, pues los desarrollos legislativos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico en dicha materia no constituyen tanto iniciativa propia nacional como el inevitable resultado de la obligación de cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por España en el orden internacional y europeo. A. RALLO LOMBARTE, “De la libertad informática a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)”, *Revista de Derecho Político*, n° 100, 2017, p. 643.

concepción de la libertad individual o la vida privada y, mientras formaba parte de la Unión Europea, tuvo que aunar su sistema legal, íntimamente ligado al precedente judicial, con el positivismo jurídico propio de la integración europea, adoptando el principio de soberanía nacional mediante el cual se legitima al Parlamento para legislar en cualquier ámbito del Derecho. De hecho, hoy en día, la legislación británica no ofrece una definición concreta de lo que es o no privado ni tampoco reconoce expresamente el derecho a la privacidad, pese a que muchas de las facetas de esta noción han sido protegidas históricamente por normativa específica y por el propio *common law*.

**66.** La publicación de la Human Rights Act 1998, de 9 de noviembre de 1998, ha marcado un antes y un después para la protección de la privacidad en Reino Unido en tanto que, a partir de su entrada en vigor, las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 devienen directamente aplicables en el Derecho anglosajón el cual, además, queda directamente vinculado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos así como por la fluctuación de sus interpretaciones acerca de los conceptos jurídicos incluidos bajo el paraguas del Convenio. Ello ha supuesto una revolución jurídica para la protección del *right to privacy*, en relación con múltiples supuestos que, en el Derecho anglosajón, no habían tenido un reconocimiento previo o no se les había otorgado la tutela jurídica que se deriva del estatus de derecho fundamental.

**67.** Sin embargo, a tenor de lo expuesto a lo largo de este trabajo, parece claro que la estrategia comunitaria en materia de protección de datos personales deviene más garantista y concede una mayor protección para la protección de la privacidad de la ciudadanía, además de que parece más efectiva, teniendo en cuenta el medio en el que se producen las vulneraciones –Internet–, cuyo alcance es global, causando esterilidad en conceptos como “Estado” o “jurisdicción”. La construcción de un orden público europeo en la cuestión ha devenido un factor clave en la tutela de la privacidad, en las condiciones que la realidad digital imperante exige, proporcionando tutela jurídica a numerosas situaciones que, de lo contrario, harían impunes a determinadas conductas lesivas o perjudiciales. Con ello, además, se pone fin a la disparidad normativa y se hace efectiva la función adaptativa del Derecho al contexto social.

## RECENSIONES

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ. *Derecho comparado y digitalización*. Madrid, Editorial Tecnos, 2021, 352 p., ISBN: 978-84-309-8152-6

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
*Catedrático de Derecho internacional privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6317>

1. La creciente digitalización está dando origen a cambios profundos en la sociedad, la cultura, la política, la economía, los negocios y el Derecho. Todo ello está ocurriendo a un ritmo sin precedentes abrumador para la mayoría de los juristas, acostumbrados a trabajar con instituciones y valores tradicionales. Asimismo, estamos presenciando la aparición de nuevos actores y formas de ejercer la abogacía y la resolución de conflictos, destinados a competir junto a las instituciones jurídicas existentes y al control tradicional del Estado sobre la producción y aplicación de las leyes.

2. La revolución digital tiene su origen en la cultura anglosajona. Esta influencia es patente en el campo del Derecho, si observamos el denominado *Legaltech*. El nuevo contexto digital obliga, por tanto, al jurista europeo continental a familiarizarse con otra cultura jurídica distinta a la suya, que se ha desarrollado con unos presupuestos históricos, sociológicos, económicos y políticos diferentes; le invita a cuestionarse si las categorías e instituciones jurídicas existentes son adecuadas para responder a los nuevos retos planteados por tecnologías como *blockchain*, *internet de las cosas* o *inteligencia artificial* y, al mismo tiempo, le impulsa a remover doctrinas y consensos sobre la *teoría de los derechos fundamentales*.

3. La monografía de la profesora A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ aborda el fenómeno digital desde una perspectiva comparada. Parte de la premisa de que, para entender la esencia del fenómeno jurídico, es imprescindible elevarse por encima de las diferencias aparentes y comprender la función y el

contexto. Sobre todo, a la hora de pasar de una *realidad continua*, construida con relaciones jurídicas y normas, a otra *discontinua*, conformada por cerros y unos. Tal como sugiere la autora, junto a la dificultad de subsumir toda la complejidad jurídica en meros dígitos, existe el riesgo de que las empresas tecnológicas impongan *modelos de conversión digital* basados en culturas jurídicas diferentes a la del contexto donde han de aplicarse. Es aquí donde el *Derecho comparado*, en tanto que disciplina que pretende extraer los principios y conceptos comunes a diversos ordenamientos jurídicos mediante el análisis de sistemas jurídicos e instituciones jurídicas concretas, se presenta como una *herramienta clave* para dar una respuesta crítica y adecuada (*vid., ex multis*, A. SOMMA, *Introducción al Derecho comparado*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015).

4. No recuerdo que existiera antes en la doctrina española un estudio monográfico que analizara la digitalización desde una perspectiva comparada. Además de su indudable actualidad, la obra viene a colmar una *laguna lacerante* de la bibliografía española.

5. Esta obra se centra en la comparación funcional impulsada por K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, es decir, una comparación libre del marco conceptual del sistema jurídico nacional de quien realiza la actividad comparativa (*vid.* K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3ª ed., Tübingen, Mohr, 1996). También tiene en cuenta que, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, no siem-

pre hay una norma jurídica para cada problema y que pueden existir contradicciones, tal como insiste la *teoría de los formantes legales* de R. SACCO (vid. R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991, pp. 1-34; ID., “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, 39, 2, 1991, pp. 343- 401). Por otra parte, la autora introduce teorías recientes que subrayan que la actividad comparada no tiene que estar sujeta a unos pasos concretos y rígidos; por el contrario, ha de ser un *proceso circular y dinámico*, donde los *objetivos y criterios* se redefinan constantemente sobre la base de los nuevos conocimientos adquiridos.

6. Como paso previo al análisis comparado de aquellos sectores donde la digitalización está teniendo un mayor impacto, la obra examina en cuatro capítulos el *marco macrocomparado* donde las distintas instituciones han de desenvolverse. No se puede entender en profundidad una institución jurídica determinada y su papel en el Derecho extranjero, si no se encuadra previamente la actividad comparativa dentro del sistema de fuentes, espíritu y tradición jurídica de los ordenamientos objeto de comparación. A este respecto, la autora realiza un estudio actualizado de la *teoría de las familias jurídicas* y sus distintas clasificaciones, para después, en los capítulos que siguen, abordar de forma específica el Derecho francés, el Derecho alemán y el Derecho angloamericano. Con algunas excepciones puntuales como, por ejemplo, la influencia de la doctrina italiana en algunos ámbitos de nuestro ordenamiento, se trata de los principales sistemas occidentales que han inspirado al resto de sistemas y que, además, representan de manera especialmente clara las características de cada familia.

7. Tras ello, la monografía analiza algunos de los retos que plantea la aparición de tecnológicas disruptivas llamadas a facilitar o incluso a sustituir a los contratos como instrumentos vehiculares tradicionales para la realización de transacciones. La irrupción de herramientas tecnológicas como la *DLT/Blockchain* y su aplicación a través de los denominados contratos inteligentes o *smart contracts*, origina una serie de cuestiones relacionadas con la naturaleza jurídica de estas tecnologías y su interacción con el Derecho contractual clásico. Aspectos como la validez del contrato por contra-

vención de una norma imperativa, los vicios de la voluntad, las cláusulas abusivas, errores en el código informático o una alteración de las circunstancias, por mencionar solo algunos, deben llevar a la adopción de mecanismos de protección que permitan modificar o revertir las transacciones si fuera necesario. La utilidad del Derecho comparado en este sentido es incuestionable, tanto por la necesidad del legislador de abordar la regulación de estas tecnologías de forma coordinada, como por el hecho de que los *contratos inteligentes* son *transfronterizos por naturaleza*.

8. A continuación, la autora aborda el impacto de las *tecnologías digitales emergentes* (vehículos autónomos, IA etc.) en el ámbito de la *responsabilidad civil extracontractual* (responsabilidad por daños y seguros). La obra, haciéndose eco de diversos trabajos impulsados por la Unión Europea, pone de manifiesto los obstáculos resultantes de las características específicas de estas tecnologías y sus aplicaciones, como son su complejidad, la modificación a través de actualizaciones, el autoaprendizaje durante su funcionamiento, la previsibilidad limitada y la vulnerabilidad a las amenazas de ciberseguridad. Características que pueden dificultar la reclamación de daños por parte de las víctimas o resultar en una asignación de responsabilidad injusta o ineficiente. A este respecto, la monografía examina los aspectos más relevantes de los principales sistemas de responsabilidad civil desde una perspectiva comparada como punto de arranque para el análisis de los retos concretos que las tecnologías emergentes plantean en este campo del Derecho.

9. Posteriormente, la profesora A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ estudia los importantes desafíos que afronta la regulación de las tecnologías digitales y que están principalmente relacionados con la *descentralización, anonimidad/opacidad, inmutabilidad, interconectividad y automatización* de muchas de ellas, lo que plantea difíciles cuestiones legales de diversa índole. En este sentido, la autora estima que el legislador deberá ir con cautela, haciendo las consideraciones jurídicas oportunas y, sobre todo, buscando un equilibrio entre regulación y avance tecnológico. Para ello, la monografía analiza distintas disciplinas de las Ciencias Sociales conexas al Derecho comparado que, junto a éste, pueden proporcionar al legislador las herramientas necesarias en la búsqueda de un grado de regulación óptimo.

10. Estamos, en definitiva, ante una obra jurídica digna de atención. Es una obra coherente o -como afirman los cursis que no saben bien “inglés” ni “español” (que es como llaman a nuestro idioma fuera de España, donde lo denominamos “castellano”)- *consistente*. En primer lugar, porque emplea un enfoque *macro* (estudio de las fuentes, características generales y sistema judicial de los diversos ordenamientos jurídicos) y otro *micro* (estudio de concretas instituciones jurídicas) del Derecho comparado, que no es frecuente en una misma obra. En segundo lugar, porque es una obra en la que su autora *cumple lo que promete*: es rigurosa y no rehúye el cuerpo a cuerpo con los problemas jurídicos que la digitalización suscita.

11. Conocí a la autora de esta obra hace muchos años. ANA vivía en Dinamarca y vino a la Universidad Carlos III de Madrid, donde estuvo una larga temporada, para trabajar en su tesis doctoral. Era -y sigue siendo- inteligente, trabajadora y simpática. Esta última cualidad no es necesaria para doctorarse; pero se agradece en el día a día. Discutir de cualquier tema con ella era un placer. Tenía cultura e ingenio. Era valiente. Lo es todavía. Hay que tener mucha valentía intelectual para lanzarse a analizar algunos de los problemas jurídicos de la digitalización, un campo sembrado de minas. Así que le doy la enhorabuena a ella, por el trabajo bien hecho, y a los lectores de la obra, porque van con la mejor guía que uno podría desear.

JÜRGEN BASEDOW. *EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order*. Cambridge, Intersentia, 2021, cxxvii + 785 p. ISBN: 978-1-83970-121-4.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
*Catedrático de Derecho internacional privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT*  
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
*Catedrático de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Murcia*  
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6318>

1. El profesor J. BASEDOW acaba de publicar una obra general sobre *Derecho privado de la Unión Europea*. Son varias las razones que aconsejan recensionarla. Ante todo, no hay buena ciencia jurídica sin dogmática jurídica (*vid., ad ex.*, sobre esta cuestión, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Granada, Comares, 2021). Los juristas aprendemos de los libros -aunque no sólo de los libros, también de la *jurisprudencia*-. La formación del jurista requiere necesariamente una *selección de lecturas*. La obra del profesor J. BASEDOW a la que ahora nos referimos es una *obra actual*: refleja la realidad de nuestro tiempo en un sector determinado de las relaciones sociales. Es, por los motivos que veremos a continuación, una magnífica obra; pero, además, está llamada a ser una *obra clásica*. Como es sabido, se llama “clásico” a un texto “que ha sobrevivido a sus autores, que se lee todavía hoy y que constituye el arquetipo por el que se juzga a otras obras del mismo género” (J. SUTHERLAND, *Cincuenta cosas que hay que saber sobre Literatura*, Barcelona, Ariel, 2011, p. 24). Nos vamos a referir al autor, al objeto de la obra, a su sistemática y a algunas de sus conclusiones.

2. Se puede comentar una trabajo científico o artístico sin aludir para nada a su autor. Se cuenta que MARTIN HEIDEGGER comenzó un seminario sobre *La Política*, con estas palabras: “Aristóteles nació en Estagira, escribió *La Política* y ahora vamos a analizarla”. Nosotros, por el contrario, sí diremos algo del autor. En primer lugar, porque se

trata de una obra de madurez. Detrás de ella, hay mucho años de trabajo. El profesor BASEDOW es un destacado y prolífico autor en sectores muy diversos como el Derecho Internacional Privado (*vid., ad ex.*, su tesis doctoral: J. BASEDOW, *Die Anerkennung von Auslandsscheidungen: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtspolitik*, Frankfurt am Main, Metzner, 1980), el Derecho Uniforme (*vid., ad ex.*, su escrito de habilitación: J. BASEDOW, *Der Transportvertrag: Studien zur Privatrechtsangleichung auf regulierten Märkten*, Tübingen, Mohr, 1987), el Derecho Privado Europeo (*vid., ad ex.*, J. BASEDOW/J. BIRDS/M. CLARKE [EDS.], *Principles of European insurance contract law (PEICL)*, 2ª ed., Köln, Schmidt, 2016) y el Derecho antitrust de la Unión Europea (*vid., ad ex.*, J. BASEDOW/C. JUNG, *Strategische Allianzen: die Vernetzung der Weltwirtschaft durch projektbezogene Kooperation im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1993). JÜRGEN BASEDOW se asemeja a un *hombre-orquesta* con enorme capacidad para tocar cualquier instrumento musical a su alcance y dotar a las melodías que interpreta de una alta calidad difícilmente igualable por el resto de los mortales. No se olvide tampoco que JÜRGEN BASEDOW es, desde sus orígenes, un especialista en Derecho Internacional Privado, que luego ha escrito algunas de las mejores páginas de otras disciplinas jurídicas, como sucedió, por ejemplo, con CHRISTIAN GAVALDA, BERTHOLD GOLDMAN o CLIVE M. SCHMITTHOFF. En segundo lugar, porque es el único autor que ha realizado *dos veces* la misma hazaña: escribir una síntesis magistral de una dis-

ciplina jurídica. Nos referimos tanto a su obra titulada *The law of open societies: private ordering and public regulation in the conflict of laws*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, como a la que se llama *EU private law: anatomy of a growing legal order*, Cambridge, Intersentia, 2021, que constituye el objeto de la presente recensión.

3. Ahora bien, cabe preguntarse a qué se refiere el profesor J. BASEDOW, cuando emplea la denominación *Derecho privado de la Unión Europea*. Como él mismo apunta, lo que hoy llamamos “Derecho europeo”, “Derecho material europeo” o “Derecho privado europeo” no es otra cosa que un producto histórico, resultado de la amalgama de varios factores de naturaleza heterogénea. Su *naturaleza proteica* es evidente, tan evidente como lo es su *dilatada y azarosa trayectoria en el tiempo*. Surge con el Derecho privado romano -que acabó convirtiéndose en un elemento indisolublemente unido a la denominada “cultura europea” (*vid.*, per omnia, PAUL KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, Biederstein, 1947)- y llega hasta nuestra época. Con respecto al *Derecho privado europeo* -que es un concepto más antiguo y amplio que el de *Derecho privado de la Unión Europea* -, J. BASEDOW apunta que su “emergencia y existencia” se debe a tres elementos: 1º) *Una historia legal común* (pp. 26-27). Gracias al *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, a partir del año 530 D.C., este ordenamiento jurídico tuvo una “dimensión europea”. Con el paso de los años, el Derecho romano y el Derecho canónico primero rivalizaron y después se complementaron y fusionaron en el *Ius commune*. Reglas e instituciones jurídicas -tales como la libertad de forma, el carácter vinculante de los contratos, la agencia o la restitución en especie- surgieron de esa evolución y llegaron hasta nuestros días. Por otra parte, la idea de que los procedimientos del Derecho estatal para aplicar el Derecho privado eran demasiado lentos y complicados para las cuestiones mercantiles propiciaron la aparición de la *Lex Mercatoria*, que se mostró especialmente útil en el sector del transporte marítimo. 2º) *El Derecho comparado y los Convenios de Derecho privado uniforme* (pp. 27-28). La codificación del Derecho privado en el siglo XIX por diferentes países de nuestro continente produjo una “deseuropeización” (J. BASEDOW). El Derecho privado era Derecho nacional: en las aulas de un país vecino al nuestro, se afirmaba que

no se enseñaba “Derecho civil”, sino el Código de Napoleón. Sin embargo, la codificación nacional estuvo acompañada de dos fenómenos históricos, que afectaron a la manera cómo se elaboran las normas jurídicas. Por un lado, la curiosidad por saber cómo regulaba el legislador extranjero una determinada institución jurídica, propició el nacimiento del Derecho comparado -o, más exactamente, de la “microcomparación jurídica-: desde entonces fue habitual que toda reforma legislativa de calado estuviese precedida por estudios comparados, en ocasiones auspiciados por los propios cuerpos legislativos. Por otro lado, el incremento del tráfico jurídico internacional, empujó a los propios Estados a concluir Convenios de Derecho uniforme en sectores especialmente expuestos a la fragmentación legal como transporte internacional de mercancías, propiedad intelectual o medios de pago. 3º) *Conjuntos de principios* (pp. 28-30). Como una especie de “*Restatement* a la europea” (la expresión es nuestra), grupos académicos integrados por especialistas de distintos países, con respaldo oficial de los Estados u Organizaciones internacionales o sin él, han elaborado *conjuntos de principios* (*set of principles*) que rigen en determinados sectores jurídicos (*ad ex.*, seguros, *trust*, *torts*, Derecho de familia, Derecho internacional privado...). Considerando que la síntesis es la forma suprema de conocimiento, acaban siendo auténticas *codificaciones privadas* de elevado nivel científico, carácter principialista (reducción a un elenco de reglas manejable para superar la abundancia de normas jurídicas principales, especiales y excepcionales), y depurada metodología (empleo del método histórico, método comparatista, análisis del Derecho de formularios contractuales existentes en la práctica y estudio de los Convenios internacionales).

El *Derecho privado europeo* es un género. El *Derecho privado de la Unión Europea* es una especie dentro de aquél. Para ofrecer una *imagen fiel* del objeto de su obra, J. BASEDOW realiza dos operaciones. Primera: Explica la conexión entre la Constitución económica de la Unión Europea o, si se prefiere, el objetivo de la *integración europea* y el Derecho privado de la Unión Europea (pp. 1-15). De ella se infiere fácilmente que se trata de una disciplina jurídica necesaria, imprescindible y útil -tan útil que está en proceso de permanente crecimiento-. Segunda: Analiza con meticulosidad propia de un buen jurista centroeuropeo las *características* del Derecho privado de

la Unión Europea (p. 43); es decir: 1º) El Derecho privado de la Unión Europea es un instrumento al servicio de la *integración supranacional* de los Estados miembros; por consiguiente es una *disciplina jurídica no estable*, muy dinámica, casi en estado de continua evolución. No resultan extrañas, por tanto, las *cláusulas de revisión* de muchos actos normativos que atribuyen poderes a la Comisión para que se asegure tanto de la puesta en marcha de dicha legislación como de proponer enmiendas a la misma, tras tomar cumplida nota de cuáles son los resultados concretos que su aplicación produzca. 2º) El Derecho privado de la Unión Europea está muy condicionado por la política legislativa subyacente, que no es otra cosa que la búsqueda del *equilibrio de los derechos y las obligaciones de los particulares* al mismo tiempo que servir también a *finés políticos específicos*. 3º) El Derecho privado de la Unión Europea es, como consecuencia de todo lo anterior, *fragmentario*. 4º) Generalmente sus disposiciones jurídicas son *imperativas*, no dispositivas. 5º) El Derecho privado de la Unión Europea es Derecho positivo escrito; pero, aún así, está *falto de principios generales no escritos* que sirvan para la interpretación, aplicación y corrección de las disposiciones positivas. De tal manera que, en caso de que no haya conexión con ese Derecho positivo de la Unión Europea, los casos legales tienen que ser resueltos conforme al Derecho privado del respectivo Estado nacional. 6º) Por último el importante papel del Derecho nacional en el Derecho privado europeo necesita un *mecanismo de coordinación* que suministren las herramientas del Derecho internacional privado.

Este *retrato-robot del Derecho privado de la Unión Europea* recuerda, *mutatis mutandis*, los intentos de definición del *Derecho material de la Unión Europea* (relaciones verticales y horizontales) frente al *Derecho institucional de la Unión Europea* (órganos y procedimiento), y, sobre todo, del *Derecho económico* frente a la dicotomía Derecho público-Derecho privado o del *Derecho mercantil internacional* frente al Derecho privado estatal (Vid., ad ex., L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional: Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 70-99).

4. El profesor J. BASEDOW es la prueba viviente de cómo un jurista puede ser, a la vez, *claro y*

*profundo*. Esto tiene que ver con varios *factores característicos* de sus escritos legales (escribe con naturalidad, es un auténtico maestro seleccionando materiales doctrinales o jurisprudenciales en que apoyar sus opiniones, va directamente a la cuestión de que se trata...). Uno de esos factores es la estructura propia de un buen trabajo -es decir, el orden de exposición de las ideas-. Sin ella es difícil comprender una realidad -que es desordenada al principio, pero debe estar ordenada al final, como sostenía el maestro LUIS DíEZ-PICAZO-. ¿Cómo es posible exponer ordenadamente una disciplina jurídica que sirve a un fin público de carácter general (la integración supranacional), a fines públicos de carácter sectorial (política de transportes, de consumidores...), que regula relaciones horizontales (entre particulares y empresas), con normas imperativas, unas veces originarias de los órganos de la Unión Europea y otras de los Estados miembros, y que es dinámica y fragmentaria y, precisamente por ello, falta de principios jurídicos generales de interpretación y de construcción? Se trata de un reto pavoroso y apasionante, de una especie de *nudo gordiano*. J. BASEDOW lo resuelve con una sencillez apabullante. Por un lado, divide la obra en cuatro Libros: *Book I. Foundations; Book II. Principles; Book III. Implementation and Enforcement; Book IV. The external dimension of EU Private Law*. Por otro, los Libros contienen Partes: un total de diez partes para toda la obra. Cualquiera de ellas daría para escribir una biblioteca. El autor de esta obra sabe distinguir lo esencial de lo accesorio, recurrir a la historia cuando aclara el origen de un problema o los resultados imprevistos o sorprendentes que produce la aplicación de las normas y poner en evidencia las lagunas o las contradicciones entre los distintos tipos de normas con que se teje el Derecho privado de la Unión Europea.

5. Le oímos muchas veces al profesor JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS decir que: “en la síntesis se ve la maestría”. Nada refleja mejor esa realidad que un buen *epílogo*. La obra que comentamos termina con uno en el que se valora cuál es el presente del Derecho privado de la Unión Europea (pp. 723-728). También se asoma a algunas cuestiones espinosas para la Unión Europea y sus Estados miembros: por qué fallaron ciertos proyectos legislativos de la Unión, cómo debería cuidarse la técnica legislativa, la limitada capacidad del sis-

tema judicial de la Unión Europea para que ésta sea la auténtica guardiana de las esencias de esta disciplina jurídica y, por último, cómo afrontar la codificación internacional en un mundo en el que hay que ser capaz de negociar con grandes potencias, como los Estados Unidos, o tomar en consideración los logros obtenidos en un contexto mucho más heterogéneo que la Unión Europea, como, por ejemplo, UNIDROIT (pp. 728-734).

6. JÜRGEN BASEDOW es un jurista sólido y brillante, que no deja indiferente a nadie que le conozca. Lo era ya a principios de los años 80, cuando nos conocimos en el Instituto Max Planck de Derecho internacional privado y Derecho privado de Hamburgo. Surgió así una amistad que dura 38 años. Sus amigos sabemos también que JÜRGEN es educado, amable y alegre. Gracias, JÜRGEN, por tanto como nos has enseñado.

PILAR DOMÍNGUEZ LOZANO (dir.), *Derecho Internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 367 pp.  
ISBN 978-84-1336-875-7.

LUIS F. CARRILLO POZO  
*Catedrático de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Almería*  
*Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT*  
ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6319>

1. Decía Schopenhauer que una de las cosas que se pueden hacer con un libro sin necesidad de leerlo es una reseña. Habría sido un grosero error redactar la presente reseña sin disfrutar de la lectura de una obra realmente enriquecedora, capaz de armonizar las diversas perspectivas del Derecho, huyendo de especulaciones estériles. Se recoge en ella las comunicaciones y ponencias presentadas al IV seminario AEPDIRI, celebrado el 24 de enero de 2019, sobre temas de actualidad de Derecho internacional privado. Se trataba de reunir en un foro de diálogo a especialistas académicos y a prácticos significativamente involucrados y conocedores de la disciplina, con el objeto de «debatir y avanzar en el análisis de las cuestiones y tópicos que plantea la aplicación de las soluciones del sistema español de Derecho internacional privado en general y de sus instrumentos comunitarios en particular», como anuncia la profesora P. Domínguez en el prólogo.

2. Un libro como este tiene que ser, necesariamente, heterogéneo. Ni se pretende ni es posible ofrecer un estudio sistemático de nada, sino que más bien se hace una selección de cuestiones representativas que dan pie para reflexionar acerca de los temas clásicos del Derecho internacional privado, adoptando una perspectiva muy pegada a la práctica judicial, lo que explica las constantes referencias jurisprudenciales, hasta el punto de que con frecuencia se convierten en el hilo conductor de las exposiciones. Justamente esto es lo que le dota de coherencia: Nada en sus tres-

cientas y pico páginas desentona, nada sobra. En este sentido, hay que reconocer que la selección de materias y de colaboradores es un ejercicio de equilibrio plenamente atinado.

3. Recensionar lo heterogéneo es muy difícil, claro. Por ello optaré por lo más inmediato (léase fácil), que es seguir su esquema. El trabajo se estructura en cuatro bloques temáticos, o sea, los tres tradicionales del Derecho internacional privado y otro propio del derecho español, a saber, los conflictos internos.

4. La ponencia del capítulo dedicado a competencia judicial internacional corre a cargo de la profesora M. Echezarreta, sobre el reglamento 805/2004 y la experiencia de su aplicación en España. En un exhaustivo análisis jurisprudencial, pone de relieve cómo los tribunales españoles han sabido acoger sin grades vacilaciones el funcionamiento del reglamento (las escasas ocasiones en las que han tenido que enfrentarse a él), solventando las dificultades suscitadas en particular en cuanto a su ámbito de aplicación, resoluciones susceptibles de certificación y formas válidas de notificación. Partiendo de la constatación de que nace en un momento muy concreto en el que el RBI contenía un sistema de control de la eficacia extraterritorial de resoluciones y de que ello ha quedado superado (como asevera, se ha perdido el miedo a la supresión del *exequatur*), insiste en sugerir la conveniencia de integrar (valga la expresión, necesitada de matices que la autora desa-

rolla) ambos textos normativos, sugerencia muy sensata que sin embargo conduce -aun más- a la práctica inanidad al de 2004.

5. La primera comunicación de este primer bloque, obra del profesor A. Ortega, aborda el problema de la cohabitación del RBI bis y el RGPD, es decir, el de la competencia judicial internacional en las reclamaciones dirigidas contra el responsable o el encargado del tratamiento de datos personales por los daños y perjuicios causados. El criterio de especialidad no conduce al desplazamiento de las reglas del reglamento general, sino que el propio RGPD abre la puerta a la coexistencia de las soluciones previstas en el RBI bis con las del art. 79.2 RGPD, como opción a disposición del demandante. Con buen criterio, el autor examina las dificultades de coordinación (sin duda más claras cuando exista relación contractual entre el afectado y el demandado) y la inclusión de una regla especial en el RBI bis.

6. La doctora C. I. Cordero desarrolla su contribución sobre cuestiones de competencia judicial internacional en el ejercicio de la acción revocatoria en la UE a partir de la sentencia del TJ de 4 de octubre de 2018 (asunto *Feniks*), lo que le permite hacer un didáctico recorrido por los orígenes romanos, presupuestos, clases y efectos de este tipo de acción, así como un útil repaso desde la perspectiva de algunos sistemas jurídicos europeos. Encuadrada por el TJ en la materia contractual del art. 7.1 RBI bis en tanto que mecanismo de defensa del derecho de crédito, se identificó el foro competente en atención a las vicisitudes del negocio al que sirve, y con independencia de que aparezca un tercero como demandado. No es sólo que se haya prescindido de la noción de materia contractual elaborada por el Tribunal, sino que quiebra la previsibilidad, imputando al demandado una obligación de conocimientos irreal y desproporcionada. La razonada crítica a la doctrina del TJ le lleva a adherirse a quienes abogan por restringir en estos casos las opciones al foro del domicilio del demandado.

7. Al tema de la armonización de los plazos de prescripción en las reclamaciones derivadas de accidentes de tráfico se dedicó la tercera comunicación de este primer bloque, un estudio del prof. R. Lafuente que arranca con la evidencia de las diferentes disciplinas nacionales (¡e incluso dentro de

España!) en punto a identificación del *dies a quo*, interrupción de la prescripción y plazos, con el consiguiente riesgo de *forum shopping* y de que la complejidad desincentive del acceso a los tribunales (parece excesivo imputar a la falta de unificación de los plazos de prescripción la necesidad de informarse y probar el contenido de la ley extranjera, siendo rasgo general del método conflictual; tampoco es previsible que ante la más mínima complejidad un demandante desista de acudir a la justicia). De entre las posibles soluciones, estudia la idoneidad de conceptuar las normas sobre prescripción como imperativas (algo que la STJ de 31 de enero de 2019 deja abierto y que no parece que quepa en el RRII), la mejora de la información o la unificación vía directiva, tal y como se propuso en 2017, solución ésta que igualmente adolece de carencias que el autor destaca (su limitación material y territorial, el riesgo de soluciones dispares dentro de un mismo ordenamiento, la no atención a personas especialmente vulnerables).

8. La ponencia que abre el segundo bloque dedicado a reconocimiento y ejecución corre a cargo de F. Garau, cuyo elocuente título “El laberíntico sistema español de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, ofrece pistas suficientes para intuir por dónde van los desarrollos posteriores, coherentes por lo demás con las preocupaciones del autor, que tan agudos escritos ha dedicado al tema de la colisión de fuentes. Es sumamente elocuente el ejemplo que toma como punto de arranque: La eficacia en España de una resolución en materia de alimentos puede quedar sujeta a seis regímenes jurídicos diferentes en función del Estado de procedencia. Pues bien, tomando como eje de la exposición el RBI bis, va desgranando la concurrencia de fuentes, ponderando la primacía de las de origen internacional y diferenciando en función del origen de las resoluciones. Es ciertamente apabullante el panorama que se nos presenta en materia matrimonial, alimenticia, responsabilidad parental, insolvencia y marcas, sin perjuicio de la existencia de procesos europeos especiales, pero a decir verdad, más allá de esta apariencia laberíntica, lo que existe a mi juicio no es solapamiento sino confluencia.

9. Las comunicaciones presentadas en este segundo bloque abordaron los temas de la circulación en Europa de los divorcios privados (E. D’Alessandro) y del plazo de ejecución de las re-

soluciones extranjeras (a cargo de C. Rosende). La profesora turinesa expone brevemente la forma en la que se ha desjudicializado el divorcio en Italia, España y Francia, para plantear las posibles vías de reconocimiento de los actos (RBII bis o RRIII). La perspectiva atenta a la función de las autoridades intervinientes y de la naturaleza de tales actos lleva a preferir el reconocimiento procesal, tal y como ha hecho claramente el art. 65 RBII ter. Por su parte, la profesora Rosende analiza la sentencia del TJ de 4 de octubre de 2018 (C-379/17), que declara que el plazo de ejecución de una sentencia es el fijado por la ley del Estado de ejecución. Frente a la duda que late en ella -que interpreta el sistema del RBI, y no tiene en cuenta la desaparición del *exequatur*- aboga por la aplicación cumulativa de los dos ordenamientos procesales en presencia, solución respetuosa tanto del modelo de extensión de los efectos como de la equiparación en sede de ejecución.

**10.** El tercer bloque de la obra es el dedicado a Derecho aplicable y cuestiones vinculadas. Se abre con una primera ponencia de S. Bariatti sobre los desarrollos de la jurisprudencia del TJ en tema de autonomía de las partes e internacionalidad de la relación, utilizando las enseñanzas derivadas de sendos asuntos planteados ante él. En la sentencia de 8 de junio de 2017 (asunto C 54/16) se consagra, al hilo de un procedimiento concursal, la validez de la elección de ley en contratos puramente internos, sin otro límite que la interdicción del fraude, que sería aquella dirigida a eludir la aplicación de la *lex concursus* a las consecuencias de actos perjudiciales de los acreedores; el segundo asunto (C 136/16) se refiere a la cláusula de prórroga de la competencia en un caso interno, terminado por desistimiento del órgano judicial nacional. A pesar de tratarse de un asunto frustrado, la autora ha sabido desplegar utilísimos desarrollos, y, tomando como referencia fundamental el asunto *Castelletti* de 1999, reproduce la doctrina consolidada en la materia (ciertamente, desde hace cuarenta años) así como la batería de cuestiones formuladas en el asunto de 2016, demostrando en las últimas líneas de su estudio cómo el requisito de la internacionalidad ha quedado desplazado en buena medida en favor de una generosa aplicación de los reglamentos.

**11.** La segunda ponencia de este capítulo adoptó una perspectiva netamente judicial: Problemas prácticos sobre ley aplicable en Derecho de fami-

lia, a cargo de F. J. Pereda, presidente de la sección 18 de la AP de Barcelona, sobradamente conocida por su implicación y finura en el enfoque de los diversos aspectos de nuestra disciplina. Va de suyo que el dinamismo económico y social de Barcelona atrae una notable cantidad de población procedente de otros países y regiones con Derecho propio, lo que explica el extraordinario volumen de casos con elementos jurídicamente heterogéneos que en esa sección se resuelven. Así las cosas, ofrece un amplio muestrario de ejemplos y análisis en cuestiones de crisis matrimoniales, responsabilidad parental, alimentos..., escrupuloso en la identificación del texto relevante pero sorprendente por la acrítica asunción de la tendencia a prescindir de las normas de distribución *ad intra* de competencia legislativa, para aplicar directamente Derecho foral en base a una pretendida territorialidad.

**12.** La primera comunicación de esta parte se debe a la doctora B. S. Jiménez, sobre localización de patentes, marcas y derechos de autor a efectos del concurso internacional, cuestión de trascendental importancia en un sistema como el europeo caracterizado por el universalismo, sin perjuicio de que conviva con la posibilidad de procedimientos territoriales: Se trata de responder a la pregunta de qué bienes entran en uno u otro procedimiento, y saber hasta dónde alcanza el ámbito de aplicación de la *lex concursus* en presencia de una garantía real constituida sobre bienes inmateriales. A tal efecto, se realiza un análisis de las distintas soluciones reglamentarias y se aboga por su utilización como referente hermenéutico en los supuestos no cubiertos por la norma europea.

**13.** La segunda comunicación, del profesor O. Vanin, estudia la experiencia italiana en punto a elección de ley aplicable a la separación y al divorcio durante la pendencia del procedimiento, extremo este cuya admisibilidad queda a la soberanía de la *lex fori*. En defecto de expresa previsión legal (como la que existe en Alemania), se apuntan tres posibles vías de designación del Derecho en el curso de tal procedimiento (en los escritos procesales, en el paso de una fase a otra, en el acuerdo entre cónyuges), enlazando su idoneidad con una visión utilitarista en cuanto al tratamiento de la ley extranjera.

**14.** El prof. D. Carrizo estudia las cuestiones de ley aplicable derivadas de actos de competen-

cia desleal. Después de ponderar la importancia de la lealtad e igualdad de armas en las actuaciones de los competidores en el mercado, se analiza el art. 6 del reglamento Roma II.

**15.** En cuarto lugar, el prof. J. Erazo se introduce en el estudio de la ley aplicable a la cesión de créditos en la propuesta de reglamento, y en particular en la espinosa cuestión de la posición de los terceros. La propuesta de reglamento de 2018 obedece a un consenso sobre la necesidad de regular la materia, pero ha habido multitud de enfoques al respecto, tantos como soluciones en los sistemas nacionales. La presente comunicación muestra esos diferentes puntos de vista y analiza de forma extraordinariamente condensada -casi telegráfica- los problemas derivados de la concurrencia de cesionarios o de un cesionario con un administrador concursal o de un cesionario con otros acreedores.

**16.** Por último, se cierra el capítulo con el trabajo del profesor L. A. Pérez sobre el concepto de residencia habitual en el Derecho económico europeo a la luz de la jurisprudencia del TJ expresada en las sentencias de 28 de junio y 17 de octubre de 2018. El objetivo sería trasladar los requisitos sentados a propósito del concepto de residencia habitual de un menor (presencia física, estabilidad, contactos con otro progenitor, exclusión de vinculaciones culturales o nacionalidad) a la interpretación de los reglamentos 1103 y 1104 de 2016. La propuesta del autor -imposible no estar de acuerdo con ella- consiste básicamente en equiparar residencia habitual común a lugar de presencia física constante y continua; no obstante, hay un apunte sobre la toma en consideración de la posible comisión de delitos (violencia familiar) cuyo alcance y fundamento no quedan muy claros.

El cuarto y último bloque de la obra trata de Derecho internacional privado europeo y conflictos internos. Es la cuestión no bien resuelta de cómo se insertan los reglamentos europeos en un sistema plurilegislativo como el nuestro. La ponencia corrió a cargo del profesor J. J. Álvarez. Cautivo y desarmado el art. 149.1.8 CE, se avanza hacia la centrifugación del sistema jurídico civil español (entiéndase la fórmula con la debida flexibilidad). La ley 5/15 de Derecho civil vasco expande el sistema foral tradicional, y es esa nueva disciplina del Derecho de sucesiones lo que le sirve al autor de punto de partida, siendo este sector un ejem-

plo elocuente de disparidad sustantiva, donde la eventual incertidumbre derivada de la multitud de respuestas se incrementa en vista de la peculiaridad de la situación de aquella región, en la que conviven varios escalones normativos, generando conflictos de leyes *interlocales*. *La contemplación de la realidad española le da pie para poner de relieve lo vetusto e inarmónico de sus soluciones, y plantear las opciones que se abren, desde el mantenimiento puro y simple de la situación actual a la extensión a los conflictos interregionales de los criterios contenidos en los reglamentos, pasando por una ley especial en la materia.*

**17.** Se cierra la obra con dos comunicaciones, la primera a cargo de la profesora M. Soto sobre régimen patrimonial de las parejas registradas y la segunda de la profesora A. Wysocra-Bar, que ofrece una perspectiva polaca de la aplicación del reglamento 650/2012. La primera destaca la dificultad de poner en práctica el reglamento 2016/1104, no sólo por la inexistencia de una normativa estatal en la materia (en un sector en el que paradójicamente han intervenido regiones con competencia y sin ella, punto este al que parece no dar relevancia en sede conflictual), sino básicamente por la inadecuación de la remisión operada por el art. 16 CC a las normas de conflicto del título preliminar de nuestro primer código, cuando resulta que no existe norma alguna útil. La segunda -cuya ubicación sistemática es discutible- evidencia que, siendo Polonia un país de emigración, los tribunales polacos tienen que enfrentarse con frecuencia a sucesiones internacionales, cuando un nacional de este país fallece en el extranjero pero deja familia y bienes en su país de origen (no es baladí que varios de los escasos asuntos en la materia planteados al TJ proceden de la práctica polaca). A este respecto, la autora ofrece un panorama de la práctica judicial y notarial nacional.

**18.** En definitiva, creo que hemos de felicitarlos por la publicación de esta obra, muy meditada en su diseño, equilibrada en las perspectivas, capaz de seleccionar los temas e idónea para presentar un panorama completo de tópicos suficientemente expresivos de problemas y tendencias del Derecho internacional privado contemporáneo, cargada de incentivos y sugerencias. Y por supuesto creo que hay que dar las gracias a este grupo de profesoras de la UAM por asumir la tarea de organizar y coordinar este seminario.

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, [...], 2020.*

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT  
*Profesora contratada doctora interina de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6320>

1. La presente obra de J. RODRÍGUEZ RODRIGO despliega el panorama legal relativo a las cuestiones de Derecho internacional privado de los regímenes económicos matrimoniales y de los efectos económicos de las parejas de hecho de forma concienzuda y con admirable rigor científico. Se trata de trabajo sólido, útil y necesario, pero no por ello menos bello y minucioso. En este sentido, este trabajo recuerda a las grandes construcciones romanas, a aquellos acueductos como el de Segovia que fueron al mismo tiempo monumento e instrumento.

2. Se trata de un trabajo sólido porque el mismo se dedica a los tres sectores del Derecho internacional privado. Los problemas jurídicos derivados de la determinación de los tribunales competentes (sección II), de la selección de la Ley aplicable (sección III) y de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre estas materias (sección IV) reciben en la obra un tratamiento separado, dedicado y completo.

3. Se trata de una obra útil, porque la autora acomete el análisis de todas las cuestiones jurídicas que pueden surgir en torno a las relaciones entre cónyuges o entre dos personas unidas en pareja de hecho desde un punto de vista muy práctico. Emplea para ello un método estrictamente jurídico, que se basa en el análisis de la norma y que enriquece con la jurisprudencia y la doctrina más autorizada. No por adoptar esta perspectiva práctica se olvida la dogmática, tan presente en esta materia, “clásico” donde los haya en el Derecho

internacional privado. La cuestión de la Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales ha sido discutida por los internacional privatistas de todas las épocas, desde que en los tiempos medievales el gran Charles Dumoulin emitió su famosísimo *Consilium LIII*. La autora escancia las ideas más valiosas de esas disquisiciones doctrinales y las utiliza como instrumento para solucionar los problemas prácticos que plantean las situaciones jurídicas internacionales en el siglo XXI.

4. La presente obra es también necesaria en estos momentos en que conviven dos regímenes normativos que pertenecen a dos ordenamientos jurídicos distintos, cada uno de ellos con sus propias reglas, sus propias fuentes, sus propios mecanismos interpretativos. El estudio se refiere, en este sentido, tanto a las nuevas normas europeas como a las normas españolas de producción interna. La autora trata cada uno de estos ordenamientos vigentes en España con extremada delicadeza y equilibrio. En cuanto a estas últimas, cabe resaltar que los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil son todavía aplicables hoy en muchos casos y lo seguirán siendo por mucho tiempo. Los mismos son examinados en profundidad y regados con un constructivo y rico estudio jurisprudencial. En cuanto a los nuevos Reglamentos, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos

matrimoniales y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, la falta de jurisprudencia propia de su juventud se suple con una fuerte carga doctrinal y sobre todo, de sentido común, proponiéndose soluciones propias de la más alta técnica hermenéutica.

5. Decía también que la obra no renuncia al mismo tiempo a la belleza. En primer lugar, en la elección del tema. Los regímenes económicos matrimoniales se encuentran en la intersección de dos de las grandes ansias del hombre, el amor y el dinero. *“Madre, yo al oro me humillo, él es mi amante y mi amado, pues de puro enamorado anda continuo amarillo”*. Ahondar en las consecuencias jurídicas de estas relaciones es siempre interesante, pero lo es más cuando el texto tiene el

estilo ameno, sencillo y pulcro que tanto caracteriza a J. RODRÍGUEZ RODRIGO.

6. A esa belleza contribuye también la minuciosidad del estudio. Como un artesano que talla cada detalle, así la autora perfila y cuida cada párrafo, cada apartado, cada cita. Resulta por ejemplo llamativa en este sentido la forma en que se explica el ámbito de aplicación de las nuevas normas, o el funcionamiento de cada uno de los foros de competencia judicial internacional y su relación con otras normas existentes. La vista al detalle no impide obtener fácilmente ideas de conjunto y visiones panorámicas de cada una de las cuestiones estudiadas, a lo que contribuyen los cuadros resumen que se van insertando a lo largo de la obra.

7. En resumen, se trata de una gran obra, un acueducto fuerte y bello que hará las delicias de todos los juristas interesados en este *“sujet classique”* del Derecho internacional privado.

FRANCISCO RUIZ RISUEÑO y JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. *El laudo arbitral*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 444 pp. ISBN Papel: 9788413786612. ISBN ebook: 9788413786629

RODOLFO DÁVALOS FERNÁNDEZ  
*Profesor Principal de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de La Habana*  
*Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6321>

1. Dentro de la colección patrocinada por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), que inició su singladura con el libro *Principios generales del arbitraje*, a cargo de José Carlos Fernández Rozas, Sixto Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa, acaba de aparecer un nuevo volumen que lleva por título *El laudo arbitral*, coordinado por Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas. La labor de coordinación de una obra colectiva como la presente se percibe desde el primer momento pues, pese a la individualización de cada una de las contribuciones, nos hallamos ante un libro que aborda la institución estudiada con una sistemática adecuada y un marcado afán de exhaustividad. Y la aborda a partir de una doble caracterización, el profundo conocimiento de los modernos planteamientos teóricos del arbitraje y la acreditada experiencia en la práctica arbitral de sus autores, tanto en su dimensión interna, como en su vertiente internacional.

Es una obra ambiciosa que se estructura en tres grandes capítulos, que abarcan aspectos del mayor interés, con el sello de la calidad indudable que se deriva de la que tienen los propios autores. Tras una presentación a cargo de Pascual Sala, ex presidente del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas, sobre “Analogías y diferencias entre laudos arbitrales y sentencias judiciales”, el presente libro agrupa contribuciones de árbitros de reconocido prestigio: José M<sup>a</sup> Ayala Muñoz, Juan Cadarso Palau, Juan Carlos Calvo Corbella, Luis Felipe Castresana Sánchez, Ana Fernández Pérez, José Carlos

Fernández Rozas, Manuel Garayo Orbe, Miguel Gómez Jene, Alfonso Gómez–Acebo Muntañola, Rafael Hinojosa Segovia, José Miguel Júdece, José Fernando Merino Merchán, Francisco Ruiz Risueño, Sixto Sánchez Lorenzo, Carlos De los Santos, M<sup>a</sup> Cristina De Ulloa y Solís–Beaumont y Cristina Vidal Otero.

2. Siguiendo la rigurosa sistemática trazada, el libro incluye un primer bloque, donde se analizan los distintos tipos de “Resoluciones emitidas por el Tribunal arbitral”, desde las ordenes procesales y su significación en la tramitación del arbitraje hasta la decisión final, repasando distintas categorías de laudos (del árbitro de emergencia, el transaccional, el que decide sobre la competencia del árbitro, el dictado en rebeldía y finalmente, el laudo extranjero y el internacional). Cuestiones todas ligadas a la práctica diaria arbitral que concitan, sin duda, el interés y la atención de quienes se enfrentan a la necesidad de dictar este tipo de laudos, cada vez más comunes y numerosos.

3. Un segundo bloque de cuestiones está orientado a la “Deliberación arbitral”. Son temas tan sugerentes como la dinámica de las deliberaciones, el ámbito de la colegialidad o el secreto de las deliberaciones. Estos aspectos se completan con el comportamiento ético de los árbitros y con el papel del secretario del tribunal arbitral. Todo ello sitúa el foco en la esencia vibrante y siempre actual de la actuación arbitral y del desenvolvimiento del procedimiento. A todos estos planteamientos

tos, se enfrenta el árbitro en el ejercicio normal de sus funciones y la solución cabal que adopte, en cada caso, contribuirá a la excelencia y acierto de sus decisiones.

4. Finalmente, la última rúbrica del libro está dedicada al “Contenido y problemas del laudo arbitral”, el cual aborda los aspectos esenciales de lo que, sin duda, constituye el colofón que cierra todo procedimiento arbitral y a cuya consecución va dirigido todo el entramado que se ha venido construyendo. En ella se estudian las características indispensables y básicas de la decisión adoptada por los árbitros, como son la redacción, la motivación y la congruencia del laudo. Se analiza la opinión disidente de algún miembro del tribunal, que tantos comentarios ha suscitado y sigue suscitando en la práctica arbitral. Resulta muy oportuna la reflexión sobre la naturaleza y efectos del escrutinio del laudo, que contribuye a dotar de mayor credibilidad a la institución. Importantes consecuencias prácticas pueden tener las resoluciones relativas a la interpretación, y rectificación de los laudos, y al laudo adicional. De idéntico interés práctico resulta el pronunciamiento sobre las costas. Por último, la posibilidad de la impugnación opcional del laudo ante la Corte (admitida y regulada por el Reglamento de CIMA) es un tema que se presta al debate y por qué no decirlo, a la polémica, al haber quien considera que va en contra de uno de los principios inspiradores del arbitraje (“*un solo tiro*”), pero que, de otra parte, refleja con nitidez la vigencia de otro principio esencial en la materia, que es el de la autonomía de la voluntad de las partes.

5. Coinciden los autores de la presente obra en que no existe una definición universalmente aceptada de laudo y, por ende de los diferentes tipos de laudos que se pueden dictar durante el procedimiento arbitral. En efecto, la estructura, la forma y el contenido de un laudo pueden, en último término, depender de la composición del tribunal o del árbitro que redacta dicho laudo final, de la naturaleza de la disputa, así como del Derecho aplicable. De hecho, un tribunal arbitral o árbitro es libre de determinar la forma en que emitirá su laudo o laudos. Lo que sí queda claro en el libro es que en la dimensión internacional del arbitraje existe una visión amplia del concepto de laudo extranjero que no es una decisión pronunciada en una sede que esté fuera del Estado donde se solicite su

reconocimiento y ejecución, sino que comprende todo aquel laudo que no sea considerado nacional en el lugar donde se solicite su reconocimiento y ejecución. Bajo esta concepción amplia el carácter extranjero del laudo ya no depende necesariamente de que exista una sede del arbitraje que esté fuera del Estado en que se pretenda que el laudo surta efectos, sino simplemente de que el laudo, por cualquier motivo, no pueda considerarse un laudo nacional en dicho Estado. Cosa distinta el concepto de laudo internacional pues su interés desborda el mero hecho de que el laudo haya sido dictado en un arbitraje internacional, manifestando una visión del arbitraje internacional como un sistema de justicia autónomo, cuya licitud no depende de las leyes ni decisiones judiciales de ningún país concreto.

6. Las analogías y diferencias entre el laudo arbitral y la sentencia judicial, son consecuencia directa de la naturaleza del arbitraje como sistema alternativo al judicial para la resolución de controversias con fundamento en la autonomía de la voluntad y con los mismos efectos en cuanto a la consideración de título ejecutivo de la resolución que en él recaiga y a sus efectos de cosa juzga. El libro tiene el mérito de resaltar esas analogías y diferencias con la extensión precisa, sin rehuir el análisis particularizado de los principales problemas suscitados que la comparación de ambas figuras suscita, consecuencia directa de la falta de *potestas* en el arbitraje y de la necesidad, por tanto, de recibir el auxilio jurisdiccional para su efectividad. Unas analogías que se concretan en la condición de títulos ejecutivos de unas y otros, y en sus efectos comunes de cosa juzgada; y unas diferencias que resultan de la alternatividad del arbitraje como sistema de resolución de controversias respecto del sistema judicial. Frente a la función judicial, la arbitral está limitada en la tarea de resolver el litigio de conformidad a lo solicitado por las partes: las pretensiones que deben resolverse en el laudo han de coincidir plenamente con las que se suscitaron originariamente y se discutieron a lo largo del procedimiento arbitral

7. En cuanto realización del fin causal del convenio arbitral el laudo arbitral esta monografía evidencia su carácter irrevocable que pone fin a una parte esencial del proceso arbitral, generalmente su parte final. Si dicho proceso es expresión de la voluntad de las partes de someter su

controversia a la decisión de árbitros, el laudo que contiene esa decisión significa la consecución del fin perseguido por ellas en el negocio jurídico. Se configura, pues, como una institución jurídica trascendente que tiene una incidencia cada vez más relevante en los sistemas jurídicos internos y en el Derecho de los negocios internacionales. A diferencia de la sentencia judicial, no implica un acto de soberanía dictado por el poder público: si la jurisdicción del juez viene marcada por la ley, la competencia del árbitro viene dictaminada por la autonomía de la voluntad de las partes.

**8.** No es otra cosa el laudo arbitral que una culminación de esfuerzos para solucionar un conflicto encomendado a los árbitros. Por eso un buen laudo es aquel que aplica de modo correcto el Derecho a los hechos. Además de aplicar bien el Derecho a los hechos, es necesario para un buen laudo que la decisión pacifique el conflicto, que sea claro, que los puntos de vista y argumentos hayan sido bien analizados, que la fundamentación sea rigurosa, que la parte vencida entienda el razonamiento de la solución y que el abogado pueda explicar a su cliente que es, al menos, una solución admisible, honesta y que debe ser respetada. La calidad de un procedimiento se mide sobre todo por la calidad del laudo. Un laudo que aplique bien el Derecho a los hechos y que respete las buenas prácticas es lo que el sistema arbitral exige y las partes necesitan.

**9.** Son muchas las consideraciones de este libro que deben de tenerse muy presentes desde la perspectiva de la práctica más reciente del arbitraje, como la que representa el denominado “arbitraje de emergencia”. Se afirma en tal sentido que la decisión del árbitro de emergencia, no debe ir más lejos en sus pronunciamientos, para no incurrir en la predeterminación de las cuestiones de fondo, lo que no solo haría vulnerable su propio laudo sino también el que se dictare sobre el fondo de la controversia, caso de que el tribunal arbitral mantuviera esa medida a lo largo del procedimiento ulterior, y fuera finalmente anulada por una de las causas de nulidad.

**10.** No todo procedimiento arbitral concluye con un laudo, pues la autonomía de la voluntad a la institución permite a las partes desistir del arbitraje, suspenderlo por un determinado plazo o extinguir el convenio por mutuo disenso; precisa-

mente una de las ventajas de este procedimiento de arreglo de controversias consiste en las posibilidades de que a lo largo de su desarrollo se llegue a una transacción paralela, que ponga fin a la controversia, o que las partes alcancen en el marco del procedimiento iniciado una transacción con idéntico resultado.

**11.** Ocupa un lugar destacado en el libro la estructura, la forma y el contenido de un laudo. Estos elementos pueden, en último término, depender de la composición del tribunal o del árbitro que redacta dicho laudo final, de la naturaleza de la disputa, así como de la legislación y la normativa aplicables. De hecho, un tribunal arbitral o un árbitro único son libres de determinar la forma en que emitirá su laudo o laudos. No obstante, lo tratado en la deliberación debe circunscribirse al objeto del arbitraje laudo, sin que ello implique que éste deba redactarse como un mero resumen de las deliberaciones internas del tribunal. En orden a su finalidad, la deliberación ha de llegar a un consenso que posibilite la redacción de un laudo producto de la actuación conjunta del tribunal arbitral y no de la suma de tres contribuciones independientes. Pero si ello no es factible deberá, por otro lado, fomentar el cúmulo de la mayor cantidad de información relevante dentro de la libertad de expresión de los árbitros a manifestar sus distintos puntos de vista, con el fin de resolver la controversia de la mejor manera posible. La deliberación del tribunal arbitral, como instrumento necesario e imprescindible para configurar la resolución de la controversia por medio del laudo, se erige en el trámite interno imprescindible en el que los árbitros, debidamente convocados y reunidos, expondrán e intercambiarán sus opiniones para dar respuesta a las pretensiones de las partes, estimándolas o desestimándolas, según su razonado e independiente criterio, a la vista de los escritos y argumentos de las direcciones letradas de las partes, de las distintas pruebas practicadas, dando respuesta a todas y cada una de las pretensiones formuladas por las mismas. Y tras la deliberación, la manera de redactar el laudo es expresión de la madurez de quienes desempeñan estas funciones. En el libro abundan útiles sugerencias en este cometido indicando lo que se debe y no se debe de hacer con indicaciones precisas acerca de la forma, el estilo y el contenido efectivos de un laudo, que varían en función de diferentes factores, tales como la naturaleza de la controversia o la

composición del tribunal arbitral, las necesidades de las partes, o el Derecho aplicable al fondo de la controversia. Por ello la lectura del laudo debe evidenciar que el tribunal arbitral actúa al menos como lo hubiera hecho una jurisdicción estatal no solamente por la manera de conocer el litigio sino igualmente por la manera que resuelve, es decir que el razonamiento del tribunal arbitral debe ser a la vez exhaustivo y autosuficiente. Por eso en el arbitraje administrado el escrutinio del laudo por la corte resulta esencial.

**12.** Los autores se adentran en una cuestión que ha tenido gran repercusión en la jurisprudencia española al ser conocida, coetáneamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021. La exigencia de motivación del laudo proporciona transparencia a la actuación arbitral y redundante en una mayor calidad del arbitraje, pero sobre todo permite a las partes comprobar que no se han vulnerado sus derechos de defensa y la decisión no es arbitraria. Sin conocer los motivos es imposible saber si los árbitros han considerado argumentos no expuestos ni debatidos por las partes, se han conformado debidamente a la misión encomendada por las partes, respondido a las cuestiones planteadas y, en definitiva, si el laudo se acomoda a los estándares de orden público requeridos. El razonamiento en la motivación no tiene por qué ser muy detallado como es exigido en algunas jurisdicciones nacionales, pero debe ser “a la vez exhaustivo y autosuficiente”; revela, en consecuencia, una gran diversidad de regímenes, posibilidades y matices. Eso no significa que la redacción del laudo pueda ser hecha sin tomar en cuenta las reglas procesales de la *lex fori* y, cuando sea posible anticiparlo, en las jurisdicciones

a donde deba llevarse a cabo la ejecución, pues un laudo no tiene valor sino cuando puede ser ejecutado.

**13.** Ahora bien, una cosa es la falta de coherencia intrínseca en la propia motivación del laudo y otra muy distinta la incongruencia que ahora se está considerando, que no es otra cosa que un “exceso de competencia” por enjuiciamiento de cuestiones no sometidas a la decisión arbitral. La consecuencia del principio de congruencia es que el laudo no puede otorgar más de lo que se haya pedido por la demandante, ni menos de lo que haya sido admitido por el demandado, ni conceder otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un abanico de enunciados que van a suscitar el interés y la reflexión de cuantos se enfrenten a un tema tan apasionante como el incluido en este libro. El estudio en profundidad de un sector tan complejo como el del laudo arbitral es un buen exponente de cómo la aproximación al arbitraje es una tarea siempre inacabada, que en muchas ocasiones, implica la apertura de nuevos horizontes cuando se cierran o terminan los caminos que se transitaban. Esta característica es reflejo de la propia realidad sobre la que se asienta el arbitraje, que atiende a relaciones jurídicas y económicas siempre cambiantes y variables en sus planteamientos y desarrollos.

**14.** Siendo así, no podemos menos que felicitar a los autores, a los coordinadores Ruiz Risueño y el incansable profesor y árbitro Fernández Rozas, y, en especial, a la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), por esta excelente publicación en esta nueva iniciativa editorial.

BURKHARD HESS. *Europäisches Zivilprozessrecht*. 2ª ed. De Gruyter, 2021, 1026 págs. ISBN 978-3-11-071509-5.

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Universidad Complutense de Madrid*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6322>

1. Después de más de diez años desde que viera la luz la primera edición de su *Europäisches Zivilprozessrecht*, el Profesor Burkhard Hess ofrece a la comunidad académica la segunda edición. Se trata de una obra que desborda lo que se entiende habitualmente como segunda edición, esto es, como la puesta al día de una obra, cuya estructura básica se mantiene. Burkhard Hess ha hecho mucho más que eso, muchísimo más. No es solo que la nueva edición casi triplique en extensión a la anterior -la materia objeto de estudio ha crecido, sin duda, pero no tanto-. Es sobre todo el salto cualitativo lo que impresiona. Hess ha construido un auténtico “Tratado de Derecho Procesal Civil Europeo”, que lo consolida como auténtica disciplina propia, a caballo entre el Derecho Procesal Civil, el Derecho Comparado, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Constitucional de la Unión Europea.

2. En efecto, el autor no se ha limitado a ofrecer una explicación sistemática y razonada de los diversos instrumentos normativos que integran el *corpus iuris processualis europaeum* –que también–, sino que ha sabido enmarcarlo en un contexto conceptual propio, a modo de parte general, al tiempo que analiza su impacto en los ordenamientos nacionales. Y es que, como cualquier otra parcela del Derecho de la Unión Europea, el Derecho Procesal Civil Europeo solo se entiende en el marco de su interrelación con la regulación que sigue reservada a la autonomía normativa de los Estados miembros.

3. La primera parte del libro, bajo la rúbrica de “Fundamentos” (*Grundlegung*), cumple justamen-

te la misión de asentar las bases dogmáticas del Derecho Procesal Civil Europeo y es, sin duda, uno de los principales valores añadidos del trabajo, pues en ella se hacen visibles los desarrollos ya consolidados, al tiempo que se apuntan nuevas tendencias, que el autor detecta con gran agudeza, en tanto que observador privilegiado de esta materia.

4. Antes que nada se trata de definir su concepto y objeto, vinculándolo a los fines perseguidos, en general, por la Unión Europea (Capítulo 1): el Derecho Procesal Civil Europeo nace y se desarrolla inicialmente en estrecha relación con la construcción y consolidación del mercado interior, aunque acaba logrando mayor autonomía tras el Tratado de Ámsterdam y la archiconocida instauración de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

5. Desde esta dualidad de ángulos se explican también las competencias legislativas de la Unión en materia procesal (Capítulo 2): se analiza, en primer término, el radio de acción que permiten los arts. 67 y 81 TFUE; pero también los títulos competenciales en materia de mercado interior (art. 114 TFUE), protección de consumidores (art. 169 TFUE), protección de datos (art. 16 II TFUE) o protección de la propiedad intelectual e industrial (art. 118 TFUE). Se aborda, igualmente, una cuestión de singular relevancia, el impacto en esta materia de las competencias exteriores de la Unión, que es en ocasiones fuente de incertidumbre, como ocurre en relación con la vigencia de tratados bilaterales preexistentes entre algunos Estados miembros. Se advierte, además, la tendencia de la Unión a adentrarse en el terreno de lo orgánico u

organizativo, algo comúnmente considerado como perteneciente a la esfera de autonomía de los Estados miembros, por dos vías diversas. De un lado, el control de eficiencia, del que es paradigmático el *Justice Scoreboard*, que sirve de base anual para formular propuestas de reforma, que pueden tener gran calado. De otro, el control de la vigencia del Estado de Derecho, especialmente en lo que se refiere a la independencia judicial.

6. El Capítulo 3 se dedica a desentrañar las corrientes internas que explican el contenido del Derecho Procesal Civil Europeo, así como su evolución. Más allá de las nociones de confianza recíproca y reconocimiento mutuo, se pone de manifiesto el claro impacto que se deriva de la constitucionalización de esta materia, bajo el prisma del art. 47 CDFUE, esto es, bajo un estándar de garantía común, que permite en algunos puntos avanzar desde la mera coordinación de sistemas diversos hacia la aproximación y la unificación de los ordenamientos procesales nacionales. Sobre esta base, en el Capítulo 4 se tratan los diversos niveles de regulación o, si se prefiere, los niveles de “intensidad regulatoria” –desde los actos no vinculantes a los reglamentos, pasando por las directivas– y, singularmente, los criterios de interpretación autónoma del Derecho Procesal Civil Europeo, a través de los cuales, en el fondo, se vuelven a poner de manifiesto la función y los objetivos que subyacen a esta parcela del ordenamiento.

7. El estudio de esta suerte de “Parte General” del Derecho Procesal Civil Europeo se cierra en el Capítulo 5 con la delimitación de la disciplina respecto de otras que le son vecinas o afines. Son tres los ejes para el análisis, todos ellos de la máxima relevancia práctica. De un lado, la aplicabilidad de las normas europeas a las relaciones jurídicas en que de algún modo están implicados terceros Estados. En segundo término, su interrelación con normas internacionales que cumplen finalidades similares, como el Convenio de Lugano o los diversos textos aprobados en el marco de la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa, UNIDROIT o UNCITRAL. Finalmente, por razón de la materia, se deslinda el Derecho Procesal Civil Europeo de otras parcelas que también están cobrando identidad propia dentro del Derecho de la Unión, como el Derecho Privado, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal y Procesal Penal. También encontrará aquí el

lector las claves que han de regir las consecuencias de la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

8. La segunda parte del libro es, probablemente, la de mayor utilidad práctica, desde el punto de vista de los usuarios del sistema procesal civil europeo y, por supuesto, también de quienes tengan interés en profundizar acerca de cuestiones o problemas específicos en relación con los textos legales que conforman el Derecho Procesal Civil Europeo. En ella se exponen de forma sistemática los diversos instrumentos normativos que integran el *corpus iuris processualis europaeum* siguiendo un criterio primordialmente material. El modo en que las cuestiones se presentan y se tratan permite, por ello mismo, considerarla como la “Parte Especial” de esta materia.

9. El punto de partida, por derecho propio, lo constituye el Reglamento Bruselas I bis, al que se dedica el Capítulo 6 y que representa el paradigma de la coordinación de sistemas procesales diversos a través del reconocimiento mutuo. El sector del Derecho de familia y sucesiones se trata en el Capítulo 7, con el estudio sistemático de los Reglamentos Bruselas II bis y ter en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como de los reglamentos sobre alimentos, medidas de protección a víctimas de violencia doméstica, regímenes económicos matrimoniales y consecuencias patrimoniales de uniones de hecho y sucesiones. Los instrumentos de cooperación judicial internacional constituyen el enfoque del Capítulo 8, centrado en la notificación de documentos y la obtención transfronteriza de pruebas –con un análisis que incluye ya sus nuevas versiones–, así como en la asistencia jurídica gratuita. El Prof. Hess también considera que el Derecho concursal europeo forma parte del Derecho Procesal Civil Europeo y le dedica el Capítulo 9. Se trata de una opción que comparto: los reglamentos que se han sucedido en esta materia inciden de forma clara sobre la dimensión procesal de los mecanismos de insolvencia y reestructuración; se hace bien visible en ellos la vertiente del Derecho Procesal Civil Europeo como sistema que, desde la coordinación, sienta las bases para la armonización. Se cierra esta parte con el tratamiento en el Capítulo 10 de los “procesos europeos” o “instrumentos de segunda generación”, es decir, el proceso para la expedición y la ejecución de un título ejecutivo europeo, el proceso monitorio europeo, el proceso europeo de escasa cuantía y la orden

europea de retención de cuentas –en la que el Prof. Hess, con cierto optimismo, atisba a ver el germen de un Derecho europeo de la ejecución forzosa. A pesar de su limitada incidencia práctica, todos ellos representan hitos en la evolución del Derecho Procesal Civil Europeo a la hora de avanzar más allá de la mera coordinación: en sí mismos, encierran mecanismos procedimentales comunes y, por ello, son muestra de unificación; además, ofrecen a los legisladores nacionales modelos de regulación o les imponen el cumplimiento de exigencias mínimas, que tienen un claro potencial armonizador –como se vio en España, v.g., con las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil asociadas a la implementación del proceso monitorio europeo y del proceso europeo de escasa cuantía.

**10.** Ya se ha dicho que una de las riquezas de la obra consiste en la capacidad del Profesor Hess de detectar las tendencias de desarrollo futuro y las pulsiones que les subyacen. Ese es el objeto primordial de la tercera parte de su obra. Nuevamente el autor va más allá de lo que cabría esperar en un trabajo de estas características y aborda las diversas parcelas en que el Derecho Procesal Civil Europeo se convierte en Derecho Procesal Civil interno: se trata, en definitiva, de analizar aquellos sectores de los ordenamientos procesales nacionales cuya propia existencia o, al menos, cuya concreta configuración obedecen al plan legislativo europeo. Se analizan así en el Capítulo 11 las normas procesales civiles en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, de reclamaciones de daños derivados de infracciones a las normas de competencia y de secretos comerciales, junto con las herramientas para reforzar la tutela colectiva de los derechos.

**11.** Los mecanismos de solución alternativa de controversias son el objeto del Capítulo 12, con especial énfasis en la mediación –cuya regulación europea, limitada en principio a los asuntos transfronterizos, tuvo sin embargo la capacidad de relanzar esta institución a todos los niveles– y en los conocidos como ADR y ODR de consumo. Se abordan igualmente las difíciles relaciones entre el Derecho de la Unión y el arbitraje, así como el encaje institucional del arbitraje de inversiones, tras la archiconocida sentencia Achmea. El Capítulo 13, de hecho, centrado en la institución de las cuestiones prejudiciales del art. 267 TFUE, sirve

también de ocasión para analizar el papel del Tribunal de Justicia en la construcción del Derecho Procesal Civil Europeo.

**12.** Como culminación de todo lo anterior, el Capítulo 14 cierra la obra analizando las perspectivas de desarrollo del Derecho Procesal Civil Europeo que, en gran medida, lo son también de armonización de los ordenamientos procesales nacionales. Se da cuenta, por ejemplo, de diversas iniciativas de codificación y de armonización, como la propuesta de directiva sobre normas comunes mínimas del proceso civil o las *European Rules of Civil Procedure* ofrecidas conjuntamente por el European Law Institute y UNIDROIT. Pero, al margen de lo que es más visible, se tratan cuestiones más sutiles y delicadas, como la competencia de sistemas judiciales, especialmente cuando se trata de convertir a determinados tribunales en polos de atracción para la litigación comercial internacional.

**13.** La forma en que el Prof. Hess plantea todas estas cuestiones es reveladora del salto cualitativo que está experimentando esta materia, tanto en el terreno normativo como en el plano dogmático.

**14.** No hace falta decir que el aparato bibliográfico es exhaustivo, con una relación de publicaciones específicas en cada capítulo, al margen de la referencia a las obras de carácter más general al comienzo de la obra. Lo mismo cabe decir de la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el autor maneja con un dominio al alcance de muy pocos. También en esto es encomiable la labor del Prof. Hess, capaz de extraer de resoluciones dictadas en ámbitos aparentemente alejados del Derecho Procesal Civil Europeo, criterios y *rationes iuris* propios del Derecho de la Unión, susceptibles de traslado al ámbito procesal civil y con potencial para justificar la mejor respuesta a cuestiones controvertidas.

**15.** Se nos anuncia en el prefacio una versión inglesa, esperamos que para pronto. Entre tanto, cabe aconsejar a los lectores que inviertan algo de tiempo en desempolvar sus conocimientos de alemán o en seguir profundizando en su estudio; no hallarán a tal fin mejor pretexto que leer a Hess, porque su *Europäisches Zivilprozessrecht* es ya una obra imprescindible.

MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO. *Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales*. Reuters, Aranzadi, 2020. 140 pp.

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER  
*Catedrática Derecho Internacional Privado*  
UNED

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6323>

1. Creo que hasta la publicación del libro que se presenta faltaba en la doctrina española un estudio monográfico sobre la intervención del principio de reconocimiento mutuo en su ámbito natural: el de la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales en el ámbito español. Se trata de un planteamiento horizontal del principio de reconocimiento al incardinarlo en el sistema actual de reconocimiento de sentencias en el Derecho internacional privado español y europeo. En realidad se sitúa en el punto en que la investigación se había detenido: en el contraste efectivo acerca de si el control por el estado de origen puede socavar la eficacia de (ciertos) derechos fundamentales. En este sentido la autora es modesta cuando afirma que pretende verificar “hasta qué punto la tutela en origen debilita la protección de modelo clásico” (p.12), dado que el libro aporta mucho más.

2. Llama la atención la utilización de todos los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales como opción metodológica. Es cierto que la autora, además de catedrática de Derecho internacional privado posee la experiencia práctica adquirida en su paso por ese observatorio privilegiado que es el Tribunal Constitucional determinante de la construcción del sistema de protección de los derechos fundamentales. Esto explicaría que se mueva con soltura cuando recurre a nociones que todavía pueden resultar fugitivas como la tutela multinivel, el dialogo judicial internacional, la equivalencia, etc. o su solidez en la exposición de la jurisprudencia constitucional y la de otras altas instancias judiciales supranacionales de un modo a la vez conciso y sencillo, demostrando

una enorme capacidad de síntesis. Solo por estas razones merecería la pena su lectura. Pero hay más razones.

3. Después de una Introducción (I), el Libro se estructura en cinco Capítulos y se cierra con unas Conclusiones. En el Capítulo II se aborda la tutela de los derechos fundamentales en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en el modelo clásico, al que sigue el estudio del modelo opuesto caracterizado por la tutela en origen (Capítulo III). A continuación se cuestiona la viabilidad del modelo de tutela en origen como sistema de garantía de los derechos fundamentales (Capítulo IV) y de nuevo realiza el mismo ejercicio en relación con la cooperación judicial penal (Capítulo V). He aquí, por cierto, un desajuste entre el título de la obra, referido a la cooperación judicial civil, aunque su contenido realmente no esté de más dado que sirve para verificar los contrastes en uno y otro ámbito.

4. En general los aspectos más interesantes no tienen que ver tanto con la exposición del funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en su estado puro o máximo -tal y como ha cristalizado por ejemplo en el Reglamento 805/2004 sobre Título ejecutivo europeo sustentado en una armonización previa, sobre los que existen excelentes estudios- como en los Reglamentos que no van precedidos de una armonización material tan exhaustiva.

1º) Resalta el vigor con el que el TJUE ha defendido en cada caso planteado el control por el país de origen, particularmente en

un ámbito tan sensible como el de la restitución de menores en los supuestos de secuestro internacional. Y en este mismo sector, el impacto de la jurisprudencia del TEDH al confrontar las normas y decisiones europeas con el derecho fundamental a la vida privada y familiar (ex. art. 8 CEDH), para declararlo compatible con el CEDH sin que ello haya evitado la intervención del TEDH en el examen caso por caso. Menos activa ha sido hasta el momento la intervención del TC en el ámbito civil, por razones vinculadas con el procedimiento de admisión de los recursos de amparo por lo que se vaticina que la interpretación del control en origen va a quedar en manos de la jurisdicción ordinaria. No obstante, examina la reciente STC 26/2020 en la que el TC entra a conocer del problema de la tutela en origen, precisamente desde la perspectiva española.

- 2º) El avance se sitúa en el apartado relativo al *Balance de las innovaciones del modelo de tutela en origen* relativo al comportamiento esperable o exigible de los jueces implicados. Tratándose del juez de origen entiende que el modelo le traslada una responsabilidad particular dado que la presunción de regularidad descansa sobre su actuación. La obligación de facilitar la continuidad de la decisión en el Estado requerido, no es solo una opción teórica pues el legislador coadyuva visto lo dispuesto en sede de los Reglamentos Bruselas I ref (art. 42.2) y Bruselas 1111/2019 (art. 47.4). Desde la perspectiva del juez del estado requerido identifica un estre-

cho margen de actuación, que focalizado en la perspectiva española se concreta en las posibilidades de recurso de amparo e incluso de planteamiento de la cuestión prejudicial.

5. En suma, comparto una cierta moderación o por lo menos una falta de triunfalismo que, creo, rezuma el trabajo. El control en origen es un modelo en plena evolución en el contexto de la cooperación judicial civil -o un “experimento evolutivo en construcción”, como prefiere la autora- y en ese sentido está funcionando correctamente en cuanto a las decisiones relativas a secuestro internacional de menores -así como en los Reglamentos en el que el control de origen se acompaña de una exhaustiva armonización, como el relativo a Título ejecutivo europeo- y eso es todo. La eventual violación del CEDH por las normas del Derecho europeo se viene resolviendo correctamente -como se demuestra en la jurisprudencia TEDH recogida-. En cambio, el modelo del control de origen sí ha sido un verdadero revulsivo en orden a impulsar la eficacia extraterritorial en el modelo clásico, basado en el control por el estado requerido, como evidencia el Reglamento Bruselas I ref (arts. 36.1). El punto de partida es el reconocimiento (automático) basado en una presunción de regularidad y solo por motivos tasados puede el deudor oponerse a la ejecución.

6. Estamos pues ante una obra de lectura imprescindible para quienes se interesen por el estudio de la eficacia extrajudicial de decisiones judiciales extranjeras y asimismo recomendable para una puesta al día en este sector de problemas del Derecho internacional privado.

SALOMÉ ADROHER BIOSCA. *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*. Reus Editorial, Madrid, 2019, 124 pp.

ÁNGELES LARA AGUADO.  
*Profesora titular de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Granada*  
ORCID ID: 000-0002-0441-6965

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6324>

1. Recensionar una obra escrita por la Dra. Salomé Adroher Biosca, Profesora Propia Ordinaria de la Universidad Pontificia Comillas, es uno de los escasos placeres que nos permite la vida universitaria en la actualidad, tan avocada a la espiral vertiginosa de tareas académicas en las que nos hallamos sumidos. En primer lugar, porque la lectura de sus publicaciones nos permite hacer una pausa sosegada para disfrutar de un texto que, estando escrito por ella, es garantía de un trabajo bien hecho y de una redacción clara y ágil, lo cual no es incompatible en absoluto con el rigor científico, al contrario de lo que se podría pensar. Este libro, en particular, que versa sobre “*La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*”, no constituye una excepción a la línea de calidad a la que nos tiene acostumbrados la Dra. Adroher.

2. La satisfacción, además, es doble, porque no se prodigan mucho las publicaciones referentes al tema de la nacionalidad en la disciplina de Derecho internacional privado, con honrosas excepciones de trabajos ya clásicos, junto a otros más actuales de no menor importancia. Quizás esta escasez de estudios sobre la nacionalidad se deba al peso de la concepción estricta del Derecho internacional privado, que, al compartimentar esta asignatura como si el objeto de nuestra disciplina pudiera ser fraccionado y aislado de cualquier elemento de “contaminación”, como si no existieran interrelaciones entre disciplinas y ramas del Derecho -empeño superado por la realidad, que se ha encargado de evidenciar la complejidad de las relaciones jurídico-privadas internacionales-, ha

relegado las materias de Nacionalidad y Extranjería a un segundo plano, cuyo tratamiento por la doctrina es anecdótico, tangencial y limitado a estudios, que, pese a su gran calidad, son mínimos. Más aún carecemos de estudios pormenorizados sobre aspectos concretos de esta disciplina, que no por su polémica inclusión en el contenido del Derecho internacional privado, deja de ser relevante en la vida de las personas, como viene demostrando el éxito de los despachos de abogados especializados en temas de nacionalidad, cada vez más demandados por extranjeros que pretenden naturalizarse como españoles. En este contexto, es de saludar muy positivamente el libro que recensionamos, que, como su propio título indica, *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, centra su objeto de estudio en la plurinacionalidad y sus consecuencias en el Derecho internacional privado español.

3. Es esta una materia que, como su autora señala, ha evolucionado con los años y ha pasado de ser un mal inevitable que los Estados trataban de evitar -por la desconfianza sobre la fidelidad política a la nación, por la falsa creencia en la imposibilidad de vinculación jurídico-política o de identificación con más de un Estado, por la amenaza de acceso a información sensible, por el temor a un posible fraude legal, por evitar el favorecimiento de los conflictos de leyes...-, a convertirse en una realidad cada más frecuente e inevitable, debido a la creciente movilidad internacional de las personas. De hecho, como bien afirma la Dra. Adroher, todas las personas somos de alguna manera interculturales, al pertenecer a

dos familias con dos culturas de origen necesariamente distintas, lo que debería ser una evidencia de que la complejidad es consustancial al ser humano, máxime si se ve envuelto en relaciones transfronterizas y que las fidelidades a dos o más países es factible, de modo que la doble nacionalidad es promotora de la integración familiar y de los migrantes, al poner en valor el reconocimiento de las dobles identidades familiares.

4. Y es que la nacionalidad es tanto favorecedora de los desplazamientos internacionales de los individuos (por las facilidades de obtener visados de entrada, dependiendo de los vínculos históricos, culturales o económicos con el país de destino), como al mismo tiempo consecuencia de la misma movilidad, por las posibilidades de adquisición de la nacionalidad del país de destino o por el establecimiento de relaciones filiales paternas y maternas heterogéneas en cuanto a la nacionalidad y desencadenantes de la transmisión de la nacionalidad por *ius sanguinis* o por *ius soli* con aptitud para generar situaciones de plurinacionalidad. En consecuencia, la doble vinculación e identificación de las personas con los distintos países de los que son nacionales no solo es posible, sino que no es incompatible, especialmente en un mundo que evoluciona -o debería hacerlo- hacia la excepcionalidad de las situaciones de conflicto bélico en las que deba intervenir la ciudadanía no profesionalizada militarmente.

5. La nacionalidad se convierte así, en una de las facetas en las que el Derecho debería estar al servicio de los ciudadanos y de las ciudadanas y no al revés. Por eso, la sociedad demanda respuestas adecuadas a las necesidades de los destinatarios del Derecho y políticas de nacionalidad acordes con los nuevos tiempos. Algunos países así lo han entendido y ofrecen a los naturalizados la posibilidad de no tener que pasar por el incómodo trámite de tener que renunciar a una de las nacionalidades cuando adquieren una segunda, quizás tan apreciada como la que se deja en un segundo plano, al menos, cuando se trata de nacionalidades de países con los que se comparte una comunidad de intereses, como los Estados Miembros de la Unión Europea. Así lo habilitan países como Alemania, no solo en relación con sus socios europeos, sino también con personas que se encuentran en determinadas circunstancias merecedoras de atención, o para evitar el absurdo de hacer una declaración de renuncia que no surte efectos en el Estado de

origen, pese a la manifestación contraria de los peticionarios de la nacionalidad. Esta solución, como afirma la profesora Salomé Adroher, es adecuada y realista, además de que prevendría situaciones claudicantes que afectan a la vida de las personas, por su falta de validez de conformidad con una de sus leyes nacionales, pese a ser válidas según su otra ley nacional, como acontece con los súbditos marroquíes naturalizados españoles cuando contraen matrimonio en Marruecos como nacionales de este país, al entender el Centro Directivo que tales matrimonios celebrados por el rito islámico en Marruecos no son válidos conforme a la *lex loci*, por no haberse celebrado con presentación del certificado de capacidad matrimonial exigido por la ley marroquí para los casos de matrimonios mixtos, al estimar al contrayente como ciudadano marroquí y no como extranjero.

6. Las corrientes modernas europeas tienden a prescindir del requisito de la renuncia a la nacionalidad de origen, sin necesidad de que se suscriban convenios bilaterales favorecedores de la doble nacionalidad, como, en cambio, es la línea preferida por el legislador español, más orientado a la firma de convenios con diversos países iberoamericanos, cuyo principal objetivo, como señala la profesora Adroher, era facilitar el retorno al país de origen de los naturalizados. Este objetivo, por el contrario, no parece ser el perseguido por el convenio más recientemente suscrito con Francia, habida cuenta de las posibilidades que la libre circulación en el espacio de la Unión Europea permite a los posibles naturalizados, sino más bien facilitar la doble adscripción y evitar inconvenientes a los nacionales de uno y otro país que, siendo muy numerosos, además, ostentan la nacionalidad del foro; propósito que viene siendo reclamado por los británicos que residen en España y que, tras el Brexit hubieran deseado una solución similar que permitiera la doble nacionalidad y que, sin embargo, como ha subrayado la Dra. Adroher Biosca, no se ha materializado en un Convenio.

7. Siendo esta una materia en la que impera la soberanía estatal, no podemos afirmar que el legislador español se haya contagiado de las corrientes europeas favorables a la doble nacionalidad, si bien, tímidamente, nuestra normativa ofrece alguna muestra de flexibilidad, como sucede con el art. 19.3 del Código civil, que permite la doble nacionalidad de los menores adoptados por

españoles, si no pierden su nacionalidad de origen como consecuencia de la adopción, aspecto este en el que se puede ver la influencia inspiradora de la profesora Salomé Adroher.

8. Con una pluma magistralmente dirigida, la autora nos va envolviendo en la temática y nos va conduciendo desde la concepción histórica y manciniana de la nacionalidad a su actual función como elemento determinante de la ciudadanía de la Unión Europea y nos va adentrando en los distintos sistemas de plurinacionalidad previstos o tolerados por el Derecho español, tanto el modelo convencional, como el legal, así como en la situación de doble nacionalidad fáctica, apoyándose en la jurisprudencia más relevante recaída sobre la materia, tanto del Tribunal Internacional de Justicia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de un lado, como, en el plano interno, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de las Audiencias Provinciales, así como en la doctrina de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado; instituciones y organismo que marcan las pautas para la correcta comprensión de esta disciplina. Y todo ello lo hace, hilvanando su exposición con la doctrina más autorizada tanto patria como foránea, seleccionada muy acertadamente, de manera equilibrada, incorporando las últimas novedades junto a trabajos clásicos e imprescindibles, cuya lectura es obligada para quien pretenda adentrarse en el terreno apasionante de la nacionalidad.

9. Especial atención presta la profesora Salomé Adroher a la doble nacionalidad de los niños y las niñas extranjeros adoptados por españoles; cuestión a la que dedica un capítulo propio con indudable acierto, habida cuenta de la diversidad de regulación de la nacionalidad de los adoptados en los países de procedencia y destino de aquellos; diversidad que tiene su origen en las dispares concepciones culturales que subyacen en esta medida protectora de los menores y que lleva a unos países a conducir a una ruptura total de los vínculos de los adoptados con su familia biológica, lo que se asocia también a la pérdida de toda su identidad de origen, incluida su nacionalidad, frente a los que muestran una tendencia más flexible y orientada a la protección del interés superior de los menores y, por ende, favorable a la conservación de dicha nacionalidad de origen. Y

10. Particularmente interesantes son las precisiones que realiza sobre el origen de la negociación del Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014. Al haber participado en su negociación, la Dra. Adroher conoce de primera mano todos los detalles y la teleología de este Convenio, que no es otra que la de permitir que los menores rusos adoptados por españoles pudieran conservar la nacionalidad rusa de origen como modo de garantizar la protección de estos menores y el seguimiento postadoptivo de los mismos y así prevenir potenciales abusos que pudieran sufrir, además de que la conservación del pasaporte de origen ayuda a mantener las evidencias gráficas y simbólicas asociadas al origen vital de los menores adoptados, lo que ha ayudado a la modificación del art. 19.3 Cc., que introduce un nuevo supuesto de doble nacionalidad previsto legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, en cuya incorporación, sin duda habrán influido los sabios consejos de la profesora de la Universidad Pontificia Comillas.

11. Pero, sin duda, la parte más sugestiva es el Capítulo VII, dedicado a los efectos de la plurinacionalidad en el ámbito del Derecho internacional privado y público, en el que se plantea problemas concretos y reales, ilustrados con jurisprudencia reciente en la que se resuelven dificultades vinculadas a la extradición. Y, como no podía ser de otro modo, reflexiona sobre los cambios que se han ido derivando de las nuevas tendencias legislativas en el ámbito europeo, en el que los diversos Reglamentos que se han promulgado en la Unión Europea han ido desplazando el papel protagonista de la ley nacional como conexión principal hacia un papel subsistente, pero residual, condicionado al ejercicio de la *professio iuris* por los implicados en las relaciones privadas internacionales en el marco del Derecho de familia y, fundamentalmente, en el Derecho de sucesiones. Llama la atención la autora sobre la ausencia de solución para los conflictos positivos de nacionalidad en los instrumentos normativos de la Unión Europea o en los Convenios internacionales que prevén la aplicación de la ley nacional, si quiera sea de forma subsidiaria, salvo alguna escueta remisión a la solución aportada por el Derecho estatal - en el que hay que incluir también el convencional, en algunos casos, como el del Reglamento (UE) 650/2012- de los Estados Miembros, lo que

conduce a la aplicación de las reglas del art. 9.9 y 9.10 del Código civil, con las consiguientes distorsiones que esto puede generar. Buena muestra de ello es la escasa virtualidad de la aplicación de estos preceptos en el ámbito de los nombres y apellidos de los doble nacionales, por dificultar la realización efectiva de la libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea, en los términos marcados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que ha obligado a la Dirección General a dictar las instrucciones para la inscripción en el Registro civil de los apellidos de los extranjeros naturalizados españoles, distinguiendo, según el naturalizado, aparte de la nacionalidad española, sea doble nacional de un país de la Unión Europea o de un tercer Estado, ofreciendo soluciones que dejan mucho que desear en términos de no discriminación y de garantía del derecho de la persona a la identificación psicológica, social y familiar con su apellido. De ahí que tengan gran interés las distintas propuestas formuladas por la profesora Adroher, bien la de conceder un mayor espacio a la autonomía

conflictual en el marco de la ley aplicable a los apellidos de los plurinacionales, bien la concesión a los plurinacionales de Estados Miembros de la Unión Europea de la posibilidad de inscribir los apellidos correspondientes a cualquiera de sus leyes nacionales *ab initio*, sin tener que instar la modificación registral de los apellidos, bien facilitar el reconocimiento del estatus válidamente adquirido en el extranjero.

**12.** En definitiva, el libro que recensiamos merece una valoración muy positiva, constituyendo una aportación necesaria para la doctrina del Derecho internacional privado en general y para el Derecho de nacionalidad en particular, siendo especialmente sugerentes las ideas que subyacen en la conclusión final de la Dra. Adroher Biosca sobre la concatenación entre plurinacionalidad como derecho fundamental y su vinculación con la identidad personal y libre circulación de las personas. Si algún defecto cupiera achacar a esta obra es su brevedad, pues el lector se queda con ganas de seguir disfrutando del placer de su lectura.

JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ. *Jurisdiction and arbitration agreements in contracts for the carriage of goods by sea. Limitations on party autonomy.* Informa Law from Routledge, Oxon 2021, 194 pp.

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA  
*Abogado, Profesor de Universidad*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6325>

Investigar o escribir en el siglo XXI, y más aún mediante una monografía, sobre la autonomía de la voluntad en el ámbito del DIPr y, concretamente, sobre los acuerdos de elección de foro y arbitraje, constituye una osadía. Sobre el particular se ha dicho prácticamente todo lo que se debe decir y lo que no se ha dicho es porque no se debe, o no se puede, decir. Pero que nadie se rasgue las vestiduras con esta caracterización introductoria. Es cierto que, en ocasiones, la osadía tiene un perfil negativo y reprochable relacionado con la falta de respeto, imprudencia o temeridad de aquel a quien se le atribuye, pero, también, ofrece una vertiente positiva que nos sugiere comportamientos audaces y valientes. En esta última vertiente es donde hay que situar la decisión del profesor de la City University de Londres, Jonatan Echebarría Fernández, de elaborar y publicar la monografía que ahora analizamos.

Su osadía está, por lo demás, debidamente justificada. Por una parte, porque este trabajo parece tener su origen en la tesis doctoral del autor. Decimos que “parece tener” porque el propio autor no lo indica en sus “Agradecimientos” (pp. xi-xii) ni en ninguna otra parte de su obra, pero lo deducimos de las palabras de uno de los prologuistas de la monografía, el profesor Erik Røsæg, cuando indica que conoció el libro en su “PhD phase” (p. ix). Si es así, bienvenido sea el trabajo, porque, en los tiempos que corren, cualquier osadía en la realización una tesis doctoral es poca. Por otra parte, la decisión del profesor Echebarría está justificada porque su obra pone el foco de atención en un sector específico, y suficientemente distintivo, de análisis: los contratos de transporte (en sentido

amplio) marítimo de mercancías. Como no puede ser de otro modo, la obra bebe de muchas fuentes generales de análisis procedentes del DIPr., pero es, indudablemente, una obra propia del Derecho marítimo. Y en este sector nunca viene mal un poco de savia nueva. El trabajo, además, está escrito en inglés por un compatriota que ejerce su labor docente en el extranjero (esto sí que es un acto de valentía encomiable) y, en concreto, en el Reino Unido, donde se siguen encontrando todas las claves de bóveda del sistema marítimo en su dimensión jurídica. Finalmente, la audacia del autor se demuestra por la utilización del Derecho español como uno de los referentes del análisis comparativo que pretende introducir en su trabajo. Es cierto que una de las reglas prudenciales del canon metodológico comparativo sugiere que se compare el ordenamiento jurídico propio (aquel, o aquellos, en los que el comparatista está debidamente cualificado) con otro u otros ordenamientos distintos. El profesor Echebarría, por tanto, ha hecho lo que debe. Pero, teniendo en cuenta que el Derecho español no es generalmente considerado como un “leading legal system”, que la monografía que analizamos, publicada en el extranjero por una editorial foránea, introduzca referencias sustanciales a nuestro Derecho es algo encomiable, con independencia de los resultados a los que esta elección conduzca (en este sentido, ya lo descubrirá el lector, me limito a apuntar que el autor no es particularmente favorable a la regulación que la Ley de Navegación Marítima ha introducido en materia de acuerdos de elección de foro y arbitraje, no siendo la suya una excepción entre nosotros).

Si el lector de mis palabras se siente persuadido por lo que acabo de señalar, seguramente tendrá la justa tentación de leer esta obra. Pero, a renglón seguido, debo realizar una advertencia, probablemente la más importante de esta recesión. El trabajo del profesor Echebarría no es para principiantes, sino para iniciados. Dicho de otro modo, si alguien quiere conocer desde cero los problemas, y las limitaciones, de los acuerdos de elección de foro y de arbitraje en el ámbito internacional, es preferible que comience con algo más sencillo. Porque el análisis que nos ofrece el profesor Echebarría es complejo. Su monografía es compleja.

No recuerdo bien dónde lo lei (y pido perdón por una citación tan poco científica), pero alguien dijo que los profesores pueden clasificarse en dos grupos. Uno, el de los facilitadores. Y otro, el de los complicadores. Los primeros son los que, en su labor docente e investigadora, hacen fácil lo difícil. Mientras que los segundos son quienes convierten en difícil hasta lo fácil. Me parece una clasificación muy adecuada, aunque simplificada, y muchos de nosotros, sin duda, sabríamos reconocer en nuestros pares a representantes insignes de uno u otro grupo. En mi opinión, el profesor Echebarría, a la luz de la obra que ahora se analiza, no pertenece a ninguno de esos dos grupos. Quizás tendríamos que identificar un *tertium genus*, al que él pertenecería: quienes saben enfrentarse a la complejidad tal y como es, sin maquillarla ni enmascararla.

Varios son los motivos que explican la complejidad o dificultad de esta obra. Por un lado, se trata de una obra de corte muy anglosajón, o del commonlaw. No se trata sólo de que esté escrita en inglés, lo que para algunos puede resultar una dificultad (porque entre nosotros se supone el conocimiento del inglés, como el valor en el servicio militar, pero sabemos que no es siempre así), ni tampoco de que se utilice un inglés jurídico, lo que requiere de una cierta especialización terminológica, sino que está pergeñada, en una buena parte, con resortes propios del Derecho anglosajón. Ya saben, al menos los *connoisseurs*, que el Derecho anglosajón parece lo que no es y es lo que no parece. Cuidado, por tanto.

Por otro lado, la obra forma parte de la cosmología del Derecho internacional privado y no hay nada en este Derecho que no presente, en menos o sobre todo en más, un notable grado de complejidad. Decía el profesor Álvaro d'Ors, en referencia

a planes de estudio precedentes, que el alumno de Derecho comenzaba a percibir la complejidad del mundo jurídico en el primer curso de la licenciatura con el estudio del Derecho Romano y acababa coronándose en el quinto y último año de la carrera, con el Derecho Internacional Privado. Digámoslo de otro modo, de una manera castiza. Para comprender, analizar y aplicar el Derecho Internacional Privado hay que estar hecho de una pasta distinta. Y ésta es la pasta de la que está hecho el profesor Echebarría, al atreverse a lidiar con las complejidades propias de la competencia judicial internacional y, en menor medida (porque ofrece menos dificultades), del arbitraje internacional.

Finalmente, no hay que olvidar que, como hemos anunciado, esta es una obra de Derecho Marítimo, una disciplina que cuenta con sus principios, normas, conceptos y términos propios y característicos, que, por regla general, son ajenos, y difícilmente comprensibles para los juristas de otros sectores. Es cierto que el lector de la monografía del profesor Echebarría percibirá que, aunque en efecto el motivo marítimo permea todo el trabajo, de principio a fin, los aspectos internacionalius-privatistas son los prevalentes, pero esta impresión no debe llevar a minusvalorar la necesaria capacidad de comprensión del mundo jurídicomarítimo por parte del destinatario de la obra. Es una simple advertencia.

Audacia y complejidad son, por tanto, las dos señas más características de este trabajo, que, no en vano, viene avalado no por uno sino por dos prólogos firmados por académicos que gozan de la más alta consideración en sus respectivas áreas de conocimiento. Por un lado, el ya mencionado Erik Røsæg, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Oslo, que es una referencia nórdica insoslayable en el ámbito del Derecho marítimo. Y, por otro lado, los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Catedráticos de Derecho Internacional Privado en las Universidades Carlos III de Madrid y Murcia, respectivamente, que son, sin cuestionamiento, dos auténticos maestros en su materia, no sólo dentro de nuestro país sino mucho más allá de nuestras fronteras. Aconsejo, por tanto, la lectura de ambos prólogos. Son breves, pero representan y resumen las dos caras de la obra del profesor Echebarría. Por un lado, la maritimista. Y, por otro lado, la iusinternacionalprivatista. Y, además, ambos prólogos ofrecen claves sutiles y

sencillas para entender mejor la obra en la que se insertan. El profesor Røsæg, por un lado, apunta al conflicto entre lo bueno y lo perfecto en la resolución de problemas como los que plantea la obra que ahora analizamos, para trasladarnos, en suma, un enfoque moderadamente optimista del idealismo que nutre el trabajo del profesor Echebarría. Y las reflexiones de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa nos sirven para arrojar luz sobre otros modos de entender el sentido final de las reflexiones que se recogen en la monografía.

El libro del profesor Echebarría impresiona por su voluminoso aparato de fuentes, tanto las bibliográficas como las jurisprudenciales, además de las normativas. El autor ha hecho un esfuerzo encomiable, que debe ser justamente valorado. El listado de jurisprudencia (“Table of Cases”) se extiende a lo largo de diez páginas (pp. xvi-xxv), donde se encuentran decisiones del TJEU y de tribunales de distintos ordenamientos nacionales, incluido el español, pero con una abrumadora presencia de decisiones de los tribunales ingleses. Además, muchas de estas decisiones no son meramente citadas en el trabajo, sino que son debidamente analizadas por el autor en su texto. Las referencias bibliográficas, por otro lado, también son dignas de mención (pp.169-184) y ponen de manifiesto la disciplina, coherencia y exigencia de la investigación desarrollada por el profesor Echebarría. El hecho de que esta monografía esté tan sólidamente apuntalada no es sólo una garantía académica, sino que constituye una excusa para que el lector realice una aproximación personal y valorativa a los materiales utilizados. En el caso, en particular, de las decisiones inglesas, leerlas, además de ser por lo general un placer intelectual, constituye una forma especial de entender que hay otras formas de hacer Derecho. Me permito recomendarle al lector, por tanto, que, cuando estudie la monografía del profesor Echebarría, busque por su cuenta las sentencias en texto completo (al menos las más importantes), las lea con detenimiento e intente situarse en el nivel de análisis que la monografía propone.

### **Centrémonos ahora en la estructura y contenido(-s) del trabajo**

La obra se organiza en siete capítulos, lo que puede parecer excesivo para un texto de apenas ciento sesenta y ocho páginas, si bien tiene un

cierto sentido, como indicaremos a continuación, dada su gestación. Los capítulos primero y séptimo abren y cierran la investigación con una introducción y las conclusiones, respectivamente. Son, por así decirlo, un anuncio de lo que viene y una recogida o aprovechamiento de la cosecha. Los demás capítulos constituyen el verdadero corazón del trabajo. En el capítulo segundo se ofrece un análisis de los acuerdos de elección de foro y arbitraje a la luz de su regulación en los principales instrumentos normativos sobre competencia judicial internacional, arbitraje y contratos de transporte marítimo de mercancías. En el capítulo tercero se aborda el problema de la incorporación al conocimiento de embarque de los acuerdos de elección de foro y arbitraje contenidos en pólizas de fletamento. En el capítulo cuarto se estudian las llamadas “*antisuit injunctions*” en el marco de su interrelación con los referidos acuerdos. En el quinto, se plantea el alcance de la autonomía de la voluntad procesal en situaciones de embargo preventivo de un buque. Y, por último, en el capítulo sexto se describen los límites a esa autonomía que pueden venir impuestos por las normas imperativas, las leyes de policía y el orden público internacional.

No hay que ser muy perspicaz para darse cuenta de que cada uno de los (sub-) temas que se analizan en los cinco capítulos cardinales del libro podría ser (o haber sido) objeto de una monografía o estudio por separado (aunque sea breve). Y ésta es una clave significativa para entender el propósito de la monografía. No estamos ante una investigación sobre un único tema monolítico que se va mostrando progresivamente en el texto final con un inicio, un desarrollo y un desenlace, sino ante un análisis de distintas situaciones, perfectamente diferenciables y separables la una de la otra, que están vinculadas entre sí por el grado de afectación, o de limitación, que cada una de ellas experimenta en el plano de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad de las partes expresada en acuerdos de elección de foro o arbitraje en contratos marítimos. Es ésta una opción legítima y razonable y que, como nos sugiere el prologo del profesor Røsæg, pudo tener su origen en el diseño inicial (o sobrevenido) de la investigación. Ahí se hace referencia específicamente a las “*four research questions of the current work*”, aunque el autor de la monografía no las menciona en su obra (o, al menos, nosotros no hemos sabido identificarlas como tales). Hay que agradecer,

en todo caso, al profesor Echebarría que nos haya liberado del mantra ominoso de la “research question”, que desde hace unos años nos viene impuesto por unos pedagogos oficiales que, ajenos al mundo del Derecho, pretenden que convirtamos nuestra disciplina en una ciencia más (cuando el Derecho no es necesariamente una ciencia) y nos indican burocrática e imperativamente, bajo sanción de ostracismo en caso de hacerlo de otro modo, cómo debemos aprender, enseñar, investigar y aplicar el Derecho.

El carácter de puzzle intelectual de esta obra, en el que sus distintas piezas encajan en su diseño final, también se advierte en el hecho de que, además del capítulo final de conclusiones del trabajo (capítulo 7), todos los demás capítulos precedentes, desde el primero al sexto, también finalizan con un breve apartado de conclusiones. El autor conscientemente ha optado por no llevar todas esas conclusiones en su detalle al capítulo final sino repartirlas en cada uno de los capítulos. Probablemente, y ésta es una opinión personal, un capítulo introductorio no merita ser concluido. Y, por otro lado, si se ofrecen conclusiones en todos los capítulos, ¿qué queda para el capítulo final, que parecería estar precisamente destinado a concluir el trabajo? Prefiero que sea el lector quien responda por su cuenta a estas dudas, pero me permito sugerir que, en realidad, el capítulo de conclusiones cumple dos funciones. Una, la de resumir con otras palabras las conclusiones parciales obtenidas a lo largo del trabajo, por lo que se trataría *de facto* de un capítulo que recoge conclusiones sobre las conclusiones. Y otra, más importante, la de identificar y delimitar la propuesta final del autor sobre el modo en el que, a su juicio, se deben superar las limitaciones que experimenta la autonomía de la voluntad de las partes cuando se adoptan acuerdos de elección de foro o arbitraje en los contratos de transporte marítimo de mercancías.

Nuestra reflexión precedente sobre el carácter poliédrico de la obra del profesor Echebarría no debe ser entendida, en todo caso, como una crítica. Al contrario. El lector avezado podrá realizar una lectura conjunta del texto para advertir de modo global las limitaciones de las que nos informa y previene la monografía, o podrá, si así lo desea, dirigir su mirada sobre alguno de los temas, o aspectos particulares de cada tema, y profundizar específicamente sobre ellos. La obra, por tanto, en este sentido, tiene muchos usos. Y esto es bueno.

A nosotros nos ha resultado particularmente útil e interesante el análisis de los capítulos cuarto y quinto. Pero cada lector encontrará el suyo. Quizás el único efecto no necesariamente positivo que provoca esta configuración es el de la repetición. Si se lee la obra de principio a fin, en determinados momentos o fases de la monografía el lector tendrá la sensación de que se le están ofreciendo datos, información o reflexiones que ya se le han planteado antes, una o más veces. Reconozco que éste es un problema estructural que no siempre es fácil de resolver, pero estoy seguro de que el profesor Echebarría habrá hecho todo lo posible por minimizar sus consecuencias en su investigación.

Finalicemos nuestra reseña con unas breves reflexiones sobre la dicotomía problema/solución identificada por el autor en relación con la eficacia de las cláusulas de elección de foro y arbitraje en los contratos de transporte marítimo de mercancías. La mayor parte de la monografía se centra en el estudio del *problema*, que, no obstante su complejidad analítica, puede resumirse con mucha facilidad: sobre la realidad en la que operan dichas cláusulas se proyecta una (indeseable, a juicio del autor) diversidad de fuentes reguladoras (de producción internacional, europea y nacional), que limitan su eficacia y generan inseguridad a los operadores que las emplean (o se ven afectadas por ellas). En consecuencia, la solución para evitar la dilución del valor de aquellas cláusulas consistiría en adoptar un convenio internacional que desplazase, o anulase, la potencial aplicación de otras fuentes y diese prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes. El problema de esta solución es que, como reconoce el propio autor, y le recuerda el profesor Røsæg en su prólogo, no es una propuesta realista, sobre todo en el ámbito de la competencia judicial internacional (el arbitraje, en realidad, no es tan problemático, como se deduce de la lectura de la obra). El proceso de gestación de un convenio internacional es largo e impredecible en sus resultados y, mucho más aún, en un mundo, como el marítimo, tan controlado por intereses particularistas. Se trata, por tanto, de una propuesta abocada al fracaso. En este sentido, y por dar valor a dicha propuesta, quizás hubiese estado justificado que la obra realizase un análisis más detallado del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. El autor menciona este Convenio en diversas ocasiones, pero lo sitúa al margen, probablemente porque su artículo 2 excluye de su ámbito de

aplicación material “*el transporte (...) de mercancías*” (letra e). Ahora bien, a nuestro juicio, la monografía hubiese ganado peso si hubiera analizado, por ejemplo, por qué se produjo la exclusión del transporte en el Convenio y, más importante aún, de qué modo podría la posición del profesor Echebarría aprovecharse de las propuestas de este convenio internacional. Tiene sentido. Si lo que se identifica como solución al problema analizado es la adopción de un convenio internacional (sobre acuerdos de elección de foro) y ya existe uno (aunque más general) sobre la materia, ¿por qué no aprovechar el esfuerzo que ya se realizó?

A la luz de lo anterior, podemos concluir que la monografía del profesor Echebarría describe y analiza con mucho detalle el problema que plantean las cláusulas de elección de foro y de arbitraje, pero se queda corto en las soluciones. Seguramente, porque el autor es consciente de que aún no existen propuestas viables. No hay que exigirle más. Lo importante es su completa y extensa descripción del problema. Y basta. En todo caso, permítasenos decir algo también acerca del problema a modo de conclusión. La obra parte de la entronización de la autonomía de la voluntad expresada en las cláusulas de elección de foro o de arbitraje sobre la base del respeto a la libertad de las partes de un contrato de transporte marítimo de mercancías para decidir

sobre cómo, y dónde, resolver sus controversias. Pero lo cierto, por un lado, es que esa libertad no siempre existe en presencia de una de las citadas cláusulas. En muchas ocasiones, se trata de cláusulas predispuestas e impuestas por una de las partes del contrato en relaciones B2B, algo a lo que el sector marítimo no es ni mucho menos ajeno. Si esto es así, ¿por qué debemos tratarlas con tanta deferencia? Por otro lado, como no podía ser de otro modo, la obra menciona con mucha frecuencia a ese virus aparentemente tan maligno llamado “forum-shopping”. Pero ¿acaso no son los acuerdos de elección de foro una especie de “forum-shopping”? Estos acuerdos, por definición, suponen también una “compra” del foro (supuestamente) más conveniente. Y en todo caso, ¿qué sería de los abogados y de los académicos del Derecho sin la existencia del “forum-shopping”? Unos no podrían buscar la solución (legítima) más beneficiosa para sus clientes y otros no podrían escribir libros como los del profesor Echebarría. No demonicemos al “forum-shopping”. Saquémosle partido. Tiempos llegan en los que la inteligencia artificial, y los “smart-contracts”, nos expulsarán de este tipo de debates. Disfrutemos intelectualmente del “forum-shopping” durante el tiempo que nos esté permitido, como yo espero que el lector disfrute y se aproveche de las enseñanzas de esta obra.

PILAR JIMÉNEZ BLANCO. *Regímenes económico matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) N° 2016/1103*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1355-876-9

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO  
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6326>

1. El régimen económico matrimonial es una de las materias que más problemas jurídicos plantea. Se trata de una cuestión que se encuentra a caballo entre el Derecho de familia y el Derecho patrimonial, agrupando las dificultades de una y otra vertiente. Así es, por el lado del Derecho de familia, normalmente las cuestiones de régimen económico matrimonial se encuentran asociadas a inconvenientes familiares relacionados, bien con la disolución del vínculo matrimonial, bien con el fallecimiento de alguno de los cónyuges. Por otro lado, el régimen económico matrimonial implica el reparto de los bienes que posee el matrimonio, con las dificultades y problemas que la división del dinero supone. Todo lo anterior, pensando en el ámbito más personal o sentimental de las consecuencias. Si estudiamos la materia desde la perspectiva jurídica, los inconvenientes surgen por la normativa a aplicar, la cual debe tener en cuenta la doble vertiente, familiar y económica, a la que afecta. Y, si la cuestión es transfronteriza, si le incorporamos algún elemento de extranjería, entonces la dificultad jurídica aumenta de manera exponencial, sobre todo, por la necesidad de determinar la norma a aplicar en cada caso y por la interrelación que presenta el régimen económico matrimonial con otras cuestiones de Derecho de familia.

2. La obra de la profesora JIMÉNEZ BLANCO facilita la labor al operador jurídico, le ayuda a saber qué norma es la aplicable en el caso planteado ante él y cómo interpretar su contenido para hacer una aplicación correcta de la misma.

La autora realiza una secuencia lógica de exposición para que el lector pueda entender desde el

primer momento la dificultad de la materia y de la regulación aplicable. Así, en la *Parte I* de la obra se contextualiza la cuestión y se indica el ámbito de aplicación y la regulación contenida en la norma objeto de estudio, el Reglamento 2016/1103. En la *Parte II* la autora procede a analizar el segundo momento que cronológicamente puede suceder después de la celebración de las nupcias, esto es, la litigación sobre el régimen económico matrimonial y, con ella, los tribunales competentes y la validez extraterritorial de decisiones. Efectivamente, todo matrimonio se rige por un régimen económico que regula sus bienes y los cónyuges, y los terceros que se relacionan con ellos, deben saberlo -*Parte I*-. Después, una vez surgido el litigio -si éste acontece- los cónyuges y los terceros deberán conocer ante qué tribunales interponer su demanda y cómo reconocer o ejecutar las decisiones y documentos relacionados con el caso -*Parte II*-.

Como el título indica, la monografía se ocupa de analizar el Reglamento 2016/1103. Este texto europeo es una norma de reciente aplicación y todavía desconocida por muchos tribunales, por ello, trabajos como éste resultan necesarios para que los operadores jurídicos se actualicen y sepan cuál es la normativa en vigor que deben aplicar. El Reglamento 2016/1103 se ocupa de los tres sectores del Derecho Internacional Privado, cuales son, la competencia internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones. Desde el punto de vista temporal, el texto europeo empezó a aplicarse a partir del 29 de enero de 2019. Sin embargo, la afirmación anterior puede inducir a error y, por eso, la autora se ocupa de despejar toda duda al respecto (apartado I de la Parte I). Esta fecha 29 de enero de

2019, si bien es la fecha de aplicación de la norma cuando la demanda se interponga a partir de ese día, en relación con competencia judicial internacional, sin embargo, cuando se trata de determinar la ley aplicable, la fecha se aplica a la celebración del matrimonio o a la realización de un pacto de elección de ley por parte de los cónyuges. Por lo tanto, desde el ámbito de aplicación temporal, el Reglamento se aplicará a todas las demandas que se interpongan actualmente para que el operador jurídico conozca si es competente en el caso pero, para determinar el Derecho aplicable, sólo se aplicará si el matrimonio se ha celebrado a partir de esa fecha o, si ha habido elección de ley, cuando la fecha del acuerdo sea posterior a la misma.

Una vez conocido el ámbito de aplicación temporal y espacial de la norma (apartado I de la Parte I), la monografía se ocupa del ámbito material, a lo que dedica el apartado II de la Parte I. Este aspecto es muy importante en esta materia debido a que, como ya decíamos al principio, el régimen económico matrimonial participa de las dos vertientes, familiar y económica, y esto supone que haya algunas cuestiones que se deban analizar caso a caso para calificarlas como “relación patrimonial”, si procede, e incluirlas en el ámbito de aplicación material del Reglamento.

3. Siguiendo con las materias cubiertas por el Reglamento, merece la pena mencionar aquellas cuestiones que, estando relacionadas con el régimen económico matrimonial, se encuentran excluidas expresamente por la norma, entre las que destacaría, la validez del matrimonio y los derechos sucesorios. Aspectos, estos últimos, a los que la autora dedica apartados individualizados.

4. A continuación, en los puntos III, IV, V, VII y VIII, la monografía se ocupa de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y, con ella, como decíamos, de dar a conocer a los cónyuges cuál es la regulación de su régimen y, por ende, cuáles son las reglas que rigen su relación respecto de los bienes.

5. En el apartado VI se alude a las transacciones de los cónyuges con terceros y, del mismo modo que se explica respecto de los primeros en los apartados mencionados anteriormente, en este apartado VI la autora se ocupa de indicar la ley que regirá el régimen económico matrimonial en relación con los bienes de los cónyuges que se encuen-

tren afectados por las relaciones que establezca el tercero con el matrimonio. Cuestión, ésta, que puede llegar a ser vital y decisiva para ese tercero.

6. Entrando ya en la *Parte II* y, por tanto, en los litigios que puedan surgir en relación con el régimen económico matrimonial, la obra dedica los seis primeros apartados a las reglas de competencia judicial internacional que recoge el Reglamento 2016/1103 y deja el último punto VII para analizar el tercer sector del Derecho Internacional Privado, la validez extraterritorial de las resoluciones y documentos. En relación con la competencia judicial internacional, la autora pone de manifiesto el interés del foro de sumisión que recoge el Reglamento, entre otras cuestiones, porque supone la coincidencia del *fórum* y el *ius* en la mayoría de los casos en los que opera. Respecto de la validez extraterritorial de decisiones, el tratamiento del reconocimiento y la ejecución se realiza haciendo especial referencia a los documentos públicos, sabiendo que se trata de una cuestión, el régimen económico matrimonial, en relación con la que, en España y en otros países, la escritura pública o documento equivalente es la formalidad que debe cumplir el acuerdo de los cónyuges en relación con el reparto de sus bienes.

7. La monografía objeto de comentario es una obra fundamental en la materia, muy pertinente en este momento por la reciente aplicación de la norma analizada. Con esta obra se crea Derecho, se ayuda a los operadores jurídicos a aplicar e interpretar la norma, ya que, la doctrina es prácticamente la única fuente de la que disponen los tribunales cuando todavía no hay jurisprudencia sobre el texto. Y la ayuda que supone la obra no es puntual, puede llegar a ser habitual en el día a día de los despachos, notarías y juzgados, todo ello, por la cantidad, cada vez mayor, de casos relativos a esta materia. En efecto, si bien el número de matrimonios ha descendido en los últimos años, todavía siguen siendo muchas las parejas que, si no es en un primer momento, después, optan por contraer matrimonio. Por otro lado, el elemento internacional que caracteriza las relaciones cubiertas por el Reglamento 2016/1103, también cada vez acontece en un mayor número de casos. La globalización y el aumento de las relaciones personales internacionales que ella conlleva, supone que las situaciones transfronterizas en esta materia sean cada vez más numerosas.

8. Obras como la de la profesora JIMÉNEZ BLANCO contribuyen a esa labor útil que los profesores de Universidad podemos desarrollar en la sociedad, haciendo que la normas sean más justas en el caso concreto y favoreciendo, con ello, el bienestar de los particulares.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / IGNACIO TIRADO MARTÍ (Eds.). *Unidroit y la codificación internacional del Derecho privado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020. ISBN: 978-84-1355-205-7

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO  
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6327>

1. La codificación internacional del Derecho privado es necesaria en un entorno global como el actual. De esta realidad ya fueron conscientes los legisladores nacionales hace tiempo, cuando se propusieron crear las conocidas como *las tres hermanas*, UNIDROIT -Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado, 1926-, HCCH -Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1893- y UNCITRAL -Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, 1966-. En efecto, las relaciones privadas internacionales son cada vez más numerosas, sobre todo las comerciales, que son las que inspiran a UNIDROIT en su labor de unificación -también a UNCITRAL-, y requieren de normativa elaborada por organismos intergubernamentales para favorecer y hacer más eficientes, jurídicamente hablando, las transacciones. Son seis los sectores en relación con los que UNIDROIT ha estado trabajando hasta la actualidad: agricultura, mercados de capital, procedimiento civil, contratos, bienes culturales y operaciones garantizadas. En la obra objeto de esta recensión, los autores de las distintas contribuciones se han ocupado de tres de ellos. Como dicen los editores en la presentación del libro, “nos centramos en otras tres materias: las luces y sombras que la actividad de UNIDROIT ha arrojado sobre la contratación internacional a través de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales o de *soft law* de carácter sectorial (*contract farming & agricultural land investment contracts*), la protección de los bienes culturales frente a la codicia y expolio sin fronteras y, *last but not least*, la construcción de una red internacional de garantía reales mobiliarias uniforme, eficiente y rápida, que

es el resultado del “sistema” de la Convención de Ciudad del Cabo tejida por ésta y los Protocolos que la desarrollan”.

2. Así, después de una primera contribución en la que se realiza un recorrido por la actuación de UNIDROIT en sus primeros 90 años de vida, se suceden dos aportaciones relativas a la intervención de este organismo intergubernamental en materia contractual. En relación con lo primero, LENA PETERS reflexiona acerca de que “it is now turning to the new areas of interest, which are no mean challenge. They concern matters such as artificial intelligence, Smart contracts and distributed ledger technology” (p. 56). Por su parte, los profesores ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ se ocupan de abordar la aplicación de la *lex mercatoria* por los árbitros, *lex mercatoria* dentro de la que podrían encontrarse los principios de UNIDROIT para los contratos internacionales. Así lo afirman los autores cuando indican que los Principios UNIDROIT “no son parte de la Nueva Lex Mercatoria a menos que concretas disposiciones de estos Principios sean un precipitado de los usos y prácticas de los comerciantes” (p. 64). Por su parte, la profesora MARTA REQUEJO ISIDRO se centra en estos principios de UNIDROIT y analiza los 25 años de existencia de los mismos, su situación en el presente y cuáles son las previsiones de futuro, en la Unión Europea y en otros foros. Como conclusión, la autora es optimista respecto al balance de la existencia de los Principios, sin embargo, “no han logrado florecer en su rol de ley aplicable al contrato” (p. 138).

En una segunda parte de la obra, los docentes CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA Y CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ se ocupan de otro sector, cual es, el de los bienes culturales. El primero de ellos realiza un estudio sobre la codificación del Derecho internacional en la protección del patrimonio cultural y afirma “la existencia de un Derecho Internacional de la cultura y un orden internacional de protección del patrimonio cultural [...] pues hay un ámbito debidamente identificado como objeto de regulación, una serie de instrumentos internacionales con mayor o menor proyección jurídica (tratados o declaraciones) [entre los que hay varios de UNIDROIT], una doctrina especializada y unas instituciones internacionales de ámbito universal o regional” (p. 142). CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, por su parte, se centra en el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados y exportados ilegalmente y en sus puntos fuertes y débiles. Concluye la autora que “a pesar de las debilidades del Convenio de Unidroit de 1995 que se han puesto de manifiesto a lo largo de este análisis, no ha de olvidarse que el Convenio constituye un gran avance en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales” (p. 276).

3. Por último, las tres aportaciones finales están dedicadas al Convenio de Ciudad del Cabo de garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus Protocolos. De esta manera, ANNA VENEZIANO se ocupa de presentar el Convenio, la profesora TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL se centra en el Protocolo ferroviario y WILLIAM BRYDIE-WATSON hace lo propio con el Protocolo MAC.

En palabras de la primera, “The 2001 Cape Town Convention on International Interest on Mobile Equipment was developed to offer an internationally uniform legal framework to facilitate financing for the manufacture, acquisition or use of certain types of high value, uniquely identifiable mobile equipment” (p. 282). Una de las tres categorías de equipos móviles a los que se aplica la

Convención es al material rodante ferroviario, del que se ocupa el segundo Protocolo, celebrado en Luxemburgo el 23 febrero de 2007. Precisamente, TERESA RODRÍGUEZ DE LA HERAS BALLEL realiza un exhaustivo análisis del mismo llegando a la conclusión de que, “en el contexto de una modernización del sistema español de garantías, España debería considerar la conveniencia de la adhesión a otros Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo [sólo se ha adherido al Protocolo aeronáutico y al ferroviario], en atención a la importancia estratégica que los respectivos sectores tienen en la economía española (espacial, minero, agrícola y construcción)” (p. 330).

4. Por último, WILLIAM BRYDIE-WATSON se ocupa del cuarto Protocolo, el Protocolo MAC (minería, agricultura y construcción), firmado en Sudáfrica el 22 de noviembre de 2019. El autor analiza el Protocolo y sus perspectivas de futuro y establece una relación clara entre esta norma y el producto interior bruto de los Estados que la han ratificado. Así, “These legal rules, if property implemented, are projected to have a significant impact on GDP in ratifying States, with increased benefits for developing countries” (p. 343).

Se trata, en definitiva de una obra indispensable para conocer la labor de UNIDROIT en estos tres sectores mencionados, contratos y principios de UNIDROIT, bienes culturales y operaciones garantizadas. Las aportaciones de los autores son muy clarificadoras de la materia objeto de estudio, de la regulación sobre la misma y de la evolución normativa. Además, se trata de contribuciones que incorporan un análisis prospectivo de las cuestiones que abordan y una visión crítica de la aplicación de las normas. Es un obra que agradece el lector porque le permite entender temas como los tres mencionados, muy concretos, técnicamente complejos y no tan conocidos como debieran serlo por la importancia que tienen en la economía mundial.

# 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).